

**Alma Mater Studiorum – Università di Bologna**

**DOTTORATO DI RICERCA IN  
Istituzioni e Mercati, Diritti y Tutele**

**Ciclo XXVIII**

**Settore Concorsuale di afferenza: 12/B1**

**Settore Scientifico disciplinare: IUS/04**

**LA NECESIDAD DE UN PROCESO DE HOMOLOGACION PARA LOS  
ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN EN LA LEY ESPAÑOLA**

**Presentata da: CIPRIANO GARCIA HIGUERAS**

**Coordinatore Dottorato**

**Relatore**

**Chiar.mo Prof. Giulio Illuminati**

**Chiar.mo Prof. Antonio Rossi**

**Esame finale anno 2015**

Como bien dijo Ortega y Gasset, *“yo soy yo y mis circunstancias”*, filosofía que siempre he compartido y aplicado en todo tipo de cuestiones y divergencias a lo largo de toda mi vida.

Por ello, siempre he considerado que esta investigación no la he realizado yo solo, sino que en todo momento he sido acompañado por cada una de las personas que me rodean, y a quienes les agradezco especialmente cada segundo que han estado a mi lado.

Quiero agradecer al Real Colegio de España, y especialmente a la persona de su Rector, D. José Guillermo García Valdecasas por cada uno de sus consejos, por toda la atención que me ha prestado y, como no, por brindarme esta experiencia única en la vida como es realizar un doctorado en la Universidad de Derecho más prestigiosa de toda Europa, estar en la ciudad de Bologna, y sobre todo pertenecer a este Colegio. Gracias por hacerme crecer y por valorar lo mejor de mí.

A mi director de tesis, el profesor Rossi. Desde el primer momento me ha atendido en su despacho como a un compañero más. Nunca me consideró como un estudiante, sino como un compañero Abogado. La primera vez que nos vimos, nos entendimos perfectamente. Ambos trabajábamos al mismo ritmo elevado, y por ello supimos que haríamos buen equipo. Hasta el día de hoy no hemos dejado de reunirnos en ningún momento. Quiero agradecerle sobretodo la paciencia que ha tenido conmigo. Cada vez que pedía reunirme con él me atendía con el mayor cariño del mundo. Con la máxima dedicación. Y aun no teniendo tiempo alguno, siempre había un hueco para mí. Muchas gracias por todo Prof. Rossi, sin usted sería imposible encontrarme defendiendo una tesis doctoral. Sólo espero estar a la altura de las expectativas que usted puso en mí. Muchas gracias por confiar en mí, y por hacerme sentir como si estuviese en casa.

Al coordinador del doctorado, el profesor Guerrieri. Siempre le agradeceré la ternura con que me recibió. Aquel primer año en que no conocía a nadie y era el más joven del doctorado. Sin embargo me hizo sentir uno más. Muchas gracias por estar pendiente de cada una de las actividades de este doctorado, por estar al tanto de la Comisión del Colegio Docente, y sobre todo por tener tiempo para atenderme, pues sin esas reuniones no habría alcanzado algunas de las ideas hoy reflejadas en este trabajo.

Agradecer también al profesor de la Universidad de Jaén D. Rafael Cabrera. Desde un primer momento me ha brindado su ayuda para cualquier cosa que necesitase, y siempre de manera desinteresada. Me ha mantenido informado de cualquier asunto que tuviere relación con mi trabajo, así como demás cuestiones que podrían interesarme. Ha estado a mi disposición en todo momento. Sin esos consejos y sin

esa perseverancia que le caracteriza, no habría sido posible terminar esta tesis doctoral.

Quiero mencionar como no a mi familia por estar apoyándome siempre en todo momento. A mis padres por todas esas noches que me han llamado para ver como estaba, para preguntarme cómo me había ido el día, a comprobar si estaba siguiendo mis tratamientos médicos o para ver si estaba comiendo bien o cogiendo un poco más de peso. A mi sobrino, que siempre me preguntaba si vivía en un castillo y a mis hermanas que me han apoyado y me han recordado que era lo suficientemente capaz para conseguir finalizar la tesis.

A Ángel, que ha venido a recogerme al aeropuerto siempre que volvía y que siempre se ha preocupado por mí. Que a cada momento en que me encontraba más desanimado me recordaba como en su infancia tuvo que luchar contra las circunstancias adversas, saliendo siempre airoso de las mismas, has sido ejemplo a seguir Ángel.

A mi compañera Ana, que es verdaderamente una hermana para mí. Siempre me ha apoyado, me ha ayudado, y me ha recordado que en los momentos más difíciles de la vida hay que luchar y pelear por lo que uno quiere. Siempre me ha escuchado y se ha preocupado por mi estado de salud y de ánimo. Y en todo momento ha estado conmigo dedicándome una sonrisa aún cuando las fuerzas le faltaban. Siempre te has portado muy bien conmigo, aun no teniendo una obligación, eres una verdadera hermana.

A Emilia, nuestra Procuradora, que siempre me ha recibido con bromas que me ha recordado que por muchas cosas que haga en la vida, y que por mucho que avance, nunca perderé mi esencia. Siempre seré como ella me dice, un Ciprianero.

A mis compañeros del Colegio de España. De cada uno de vosotros he recibido algo. Hemos tenido nuestros roces, nuestras trifulcas e incluso situaciones tensas, pero en todo momento hemos sabido comportarnos como compañeros. Por eso quiero agradecerlos a todos, pues formáis parte de esta tesis que sin vosotros no habría sido posible.

A Luis, mi vecino de habitación. Desde el primer momento nos hemos llevado muy bien. Fuiste ejemplo de humildad y de conocimiento. De ti sobretodo he aprendido a desenvolverme en Italia, a saber decir muchas cosas que pueden parecer tabúes. Me has ayudado en algunas cuestiones de la tesis. Pero sobre todo me has levantado el ánimo en los momentos más duros, pues siempre te plantabas en mi puerta para escucharme y ayudarme. Contigo he compartido momentos inolvidables en Bologna, y aunque nuestro camino común termine en estas líneas, nunca dejarás de ser un auténtico amigo para mí. Siempre has sido ejemplo de entereza.

A todos mis nuevos, compañeros y amigos. En especial a Carlos, Enrique, Hector, José David, Alberto y Paco. Todos me habéis aportado mucho en este último año en Bologna. Con cada uno de vosotros he compartido todo tipo de vivencias y de experiencias. Y de cada una de ellas he aprendido mucho, y seguiré aprendiendo. Carlos, ejemplo de madurez y de cercanía. Hector, ejemplo de valentía y de practicidad. José David ejemplo de alegría y de sapienza. Alberto, ejemplo de evolución. Enrique, ejemplo de valentía, de sabiduría. Y todos vosotros ejemplo de amistad, pues sin vosotros esta tesis habría sido imposible.

Paco, ahijado, en especial te lo agradezco a ti. Sólo espero haber sido tan buen padrino como tú ahijado. Has sido modelo de atención y de bondad. Siempre te he tenido mucho cariño, pues en muchas cosas nos hemos asemejado. Gracias, por ser tan buen ahijado y tan buen compañero.

A todo el personal de la casa que ha estado conmigo estos dos últimos años. Cossimo, por todas las bromas que hemos hecho. Yahanguir, por cada uno de los momentos que hemos pasado hablando sobre ideas y sobre filosofía. Benito, por ser un compañero y amigo en todos los sentidos, por enseñarme la cocina italiana y por cada minuto que hemos pasado juntos. Assisa, por cada sonrisa con la que me has saludado todos estos días. Nicola, Marco, Walter, Alberto, por considerarme siempre como un amigo más y por tener siempre tanta confianza en mi.

A Antonella. Sin ella no habría sido posible estar en el Colegio de España. Fue ella quien me indicó como tenía que presentar la solicitud y la que me animó en el último momento a hacerlo. Siempre ha estado ayudándome. Incluso me ha acompañado a la primera vez que fui al Hospital en Bologna. Ni con todos los bombones del mundo podré agradecerse. Gracias dottoressa Cacciari.

A mi amigo Paco, por ser siempre una persona que ha estado cuando más lo he necesitado. Siempre has estado gastándome bromas cuando he necesitado reirme. Te agradezco lo valiente que eres, porque hace falta mucho valor para decirle a un amigo cuando hace algo mal. Has conseguido que mejore como persona y que siempre saque partido de los momentos difíciles. Muchas gracias Paco, has sido ejemplo de valor y de alegría.

A mi amiga Yazmina. Desde que nos conocemos me has aportado mucho. Siempre te he considerado de mi propia familia. Y desde el día en que comencé esta Tesis me has apoyado y escuchado cuando me encontraba mal. Sin tus palabras, sin tu ánimo y sin tu fuerza no habría podido culminar este trabajo. Muchas gracias Yazmina por haber confiado en mi.

A mi amiga Nazaret. Ella entiende lo duro que puede resultar irse de tu país. Abandonar a la gente a la que se quiere. Sin embargo ella lo ha sabido afrontar con

fuerza y con valentía. Incluso cuando se encontraba desanimada, siempre ha sacado fuerzas para sonreír. Muchas gracias Nazaret, has sido ejemplo de fortaleza.

Y por último, quiero agradecer y dedicar este trabajo a Maria Soledad, mi novia. Desde el día en que nos conocimos ya me apoyabas con mi tesina en España. Al poco tiempo surgieron las complicaciones, tanto por mi estado de salud como por mis estudios, pero tú nunca dejaste de recordarme que si uno quiere es capaz de todo.

En ese primer momento me demostraste lo valiosa que eras para mí. Durante mi primer año en Bologna, me diste todo tu amor y tu cariño. Me dijiste que fuese fuerte, que me ibas a esperar y que pasase lo que pasase estarías a mi lado. Y, cumpliendo la promesa que te hice, me dedique de lleno a esta Tesis, hasta este momento en que, a punto de defenderla todavía no me creo haberla terminado.

Bien sabes tú más que nadie que si he podido hacer este trabajo es por ti. Tú has sido mi razón para levantarme cada mañana y empezar el nuevo día con alegría. Cada momento de duda, cada suspiro, cada bloqueo te lo he dedicado a ti. El sacrificio que implicaba hacer una tesis doctoral te lo he dedicado a ti. Porque durante todo este tiempo tú has sido la persona que mejor me ha entendido. Quien más me ha escuchado sin llegar a la conclusión más fácil. La que más fuerza me ha dado.

Por eso mi vida esta tesis sobretodo te la dedico a ti. Porque cada una de las palabras y de las líneas de que se compone está imbuida de tu esencia, de tu cariño y de tu amor. Pero sobretodo por una cosa muy importante, porque esta tesis no es más que la demostración de que con ella te lo doy todo. No sólo mis mejores momentos, sino mi mayor esfuerzo y mi mayor sacrificio. Porque todo te lo mereces. Muchas gracias cielo, por ser la persona que más admiro en el mundo, y por ser ejemplo de la persona en la que me quiero convertir. Esta tesis sobre todo es para ti.

<b>Introduzione .....</b>	<b>8</b>
Stato attuale del problema.....	9
Soluzione del problema.....	10
Metodologia .....	14
<b>Capítulo 1. Los Acuerdos de Refinanciación en el derecho español e italiano. ....</b>	<b>17</b>
1.1 Los Acuerdos de Refinanciación en España.....	17
1.1.1 Los acuerdos de refinanciación en el Real Decreto-Ley 3/2009.....	18
1.1.2 Los acuerdos de refinanciación en la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal .....	28
1.1.3 La reforma de los Acuerdos de Refinanciación por la Ley 14/2013 de 28 de septiembre.....	39
1.1.4 La reforma legal por el Real Decreto ley 4/2014 de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas utgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda. .....	41
1.1.5 La reforma legal por la Ley 17/2014 de 30 de septiembre de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. ....	45
1.1.6 Los acuerdos de refinanciación en el Proyecto de Ley de 2 de octubre de 2014. .....	49
1.1.7 Tipos de acuerdos de refinanciación .....	51
1.2 Los Acuerdos de Refinanciación en la Legge Fallimentare.....	84
1.2.1 Los acuerdos de refinanciación en la Reforma por la Legge 80/2005 de 14 de mayo. ....	85
1.2.2 Los Acuerdos de refinanciación tras la reforma del año 2007. ....	88
1.2.3 Los acuerdos de refinanciación en la etapa legislativa de 2010.....	90
1.2.4 Los acuerdos de refinanciación en el año 2012.....	93
1.2.5 Tipología y escudos protectores de los acuerdos de refinanciación. ....	110
1.3 Conclusiones comparadas .....	141
<b>Capítulo 2. La irrevocabilidad de los actos de ejecución del Acuerdo de Refinanciación. ..</b>	<b>145</b>
2.1 La irrevocabilidad en Derecho español.....	145
2.1.1 La acción rescisoria .....	149

2.1.2	Las acciones de impugnación, contra los Acuerdos de Refinanciación. ....	164
2.1.3	La legitimación para el ejercicio de estas acciones. ....	196
2.1.4	Conclusiones sobre la irrevocabilidad del Acuerdo de Refinanciación.....	209
2.2	La irrevocabilidad en el Derecho italiano. ....	210
2.2.1	Acción revocatoria .....	213
2.2.2	Las acciones impugnatorias .....	229
2.2.3	La legitimación única del Curatore Fallimentare .....	254
2.2.4	Conclusiones en Derecho Italiano .....	270
2.3	Comparación de ambos ordenamientos jurídicos.....	272

### **Capítulo 3. El control prejudicial del Acuerdo de Refinanciación. .... 276**

3.1	La ausencia de un control prejudicial del Acuerdo de Refinanciación. ....	276
3.2	Propuesta: El antiguo requisito del informe del experto independiente en Derecho Español. ....	285
3.2.1	Concepto de experto independiente.....	285
3.2.2	Designación del experto independiente.....	286
3.2.3	El informe del experto independiente.....	289
3.2.4	¿Cómo asegurar la independencia del experto? .....	299
3.2.5	Conclusiones en Derecho español sobre el experto independiente. ....	306
3.3	El experto independiente y su recusación en el Derecho Italiano. ....	307
3.3.1	El informe del experto independiente.....	307
3.3.2	Concepto, designación y requisitos del experto independiente. ....	325
3.3.3	La independencia del experto.....	331
3.3.4	Como asegurar la independencia del experto.....	335
3.3.5	Conclusiones en Derecho Italiano. ....	335
3.4	Conclusiones comparadas del experto independiente. ....	336

### **Capítulo 4. El proceso de homologación y la tutela de los derechos de los acreedores. .... 340**

4.1	La oposición a la demanda de homologación del acuerdo de refinanciación.....	341
4.2	El control judicial de oficio del acuerdo de refinanciación.....	364
4.3	Conclusiones respecto al Procedimiento de Homologación. ....	373

**Bibliografía ..... 380**

**Jurisprudencia..... 406**

# Introduzione

Ci troviamo in un momento di crisi economica e anche sociale. Sono tantissime le imprese che si sono dichiarate in fallimento giacchè non producono tanti prodotti. Questo minora le sue entrate, e il flusso di cassa della stessa.

Non potranno avere nessuna liquidità, non potendo pagare i suoi fornitori e neppure le banche, neanche i creditori. Così diventano insolventi, procedendo alla dichiarazione di fallimento, e come quasi sempre, alla liquidazione del suo attivo imprenditoriale. Quasi tutti i fallimenti finiscono nella chiusura della sua attività.

In questo contesto, il legislatore spagnolo ha tentato di fomentare le soluzioni stragiudiziali o preconcorsuali della crisi.

Gli Accordi di Ristrutturazione dei debiti sono stati introdotti nella Legge Fallimentare spagnola nell'anno 2009. Furono creati come un'istituto negoziale della soluzione della crisi.

Questi accordi si caratterizzano per essere contratti privati con una natura giuridica pubblica e concorsuale.

Il debitore che faccia un Accordo con i suoi creditori nel senso dell'attuale articolo 71 bis Ley Concursal, sarà protetto per mezzo degli "ombrelli protettivi".

Il più importante è il divieto di esercitare azioni revocatorie contro gli atti d'esecuzione dell'Accordo di Ristrutturazione, sempre che siano previsti nel proprio contenuto dell'accordo.

Cioè gli Accordi di Ristrutturazione dei debiti sono veramente protetti nella Ley Concursal, per mezzo degli "ombrelli protettivi". Soprattutto nell'irrevocabilità degli atti.

Però non possiamo capire una protezione degli atti senza dare la possibilità, ai creditori e ad ogni interessato, di evitare questa protezione. Questo potrebbe diventare nella impossibilità di difendere i diritti dei creditori.

Adesso nella Ley Concursal, abbiamo un regime imperfetto degli Accordi di Ristrutturazione dei debiti. Sono quasi opponibili erga omnes. Però nessuno può fare nulla per evitare questa opponibilità.

## **Stato attuale del problema**

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti furono introdotti nell'anno 2009 (come vedremo nel Capitolo 1), come abbiamo detto prima.

Nell'anno 2011 furono riformati godendo d'una maggiore protezione. Fu introdotto anche una procedura volontaria d'omologazione degli accordi. Però con questa procedura soltanto si otteneva un'estensione dei differimenti pattati nell'accordo, e anche la paralizzazione delle azioni esecutive.

Dopo, nel 2013, fu riformato nuovamente il regime degli Accordi. Questa riforma era semplicissima, giacchè soltanto modificava la percentuale di ratificazione per la omologazione (che ancora era volontaria), ed aggiungeva la procedura per la nomina del professionista indipendente che doveva attestare il contenuto dell'Accordo.

Però, nell'anno 2014 c'è stata una nuova e recentissima riforma delle disposizioni legali sugli Accordi di Ristrutturazione dei debiti. Con questa riforma hanno rilassato i requisiti per concludere un Accordo di Ristrutturazione dei debiti. Hanno minorato la percentuale di ratificazione all'omologazione (ancora volontaria), hanno ammentato la protezione degli Accordi, e hanno tolto il requisito dell'attestazione del professionista indipendente.

In questo punto ci troviamo un regime degli Accordi di Ristrutturazione dei debiti non adeguato alla tutela dei diritti dei creditori visto che sono protetti a tutti i livelli, però non c'è nessun controllo sull'Accordo.

## Soluzione del problema

La soluzione a questo problema la troviamo seguendo il modello che il legislatore spagnolo ha utilizzato. Ci riferiamo alla Legge Fallimentare Italiana<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2011), **“La potenciación de los acuerdos de refinanciación en la reforma de la Ley Concursal”**, Escritura Pública, núm. 71, págs. 34 y 35, *“El Real Decreto Ley 3/2009 que introdujo en la Ley Concursal 22/2003 la Disposición Adicional 4ª que protegía –en virtud de la técnica procedente del derecho italiano de escudos protectores- con la exención rescisoria concursal aquellos acuerdos que acompañados de un plan de viabilidad permitieran la continuidad de la actividad en el corto y medio plazo, concurriendo en ellos los requisitos legalmente exigidos y a cuyo amparo se han alcanzado importantes refinanciaciones en España”*. En la página 35 continúa diciendo que la actual reforma de la Ley Concursal del año 2011, se asemeja en mayor medida a los acuerdos de refinanciación; ENCISO ALONSO-MUÑUMER M. (2013), **“El plan de viabilidad en el ámbito de los acuerdos de refinanciación”**, en Conservación de empresas en crisis, AAVV dirigida por ARIAS VARONA F. J., Monografía Asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Monografía núm. 17, Edit. La Ley, Madrid, pág. 108, *“Ante la referida situación, y con el fin de aplacar las reticencias de las entidades financieras a conceder ayudas financieras en aras al logro de la viabilidad a las empresas con dificultades, el legislador inspirándose en gran medida en las soluciones propuestas en la legislación concursal italiana, articula en las dos últimas reformas de la LC un régimen jurídico protector de los acuerdos extrajudiciales de refinanciación en un eventual escenario concursal, que incorpora un sistema de escudos protector que operan como una suerte de inmunidad de los acuerdos de refinanciación frente a posibles acciones rescisorias, garantizándose su irrevocabilidad a efectos concursales bajo la condición de que dichos acuerdos cumplan determinados requisitos formales y materiales.”*; MIELGO ÁLVAREZ M.T. (2012), **“Los acuerdos preconcursales de refinanciación”**, Escritura Pública, num. 77, pág. 65, *“Mientras la segunda reforma, la de 2011, engarza esta pieza*

Nel primo capitolo vedremo l'evoluzione degli Accordi di Ristrutturazione dei debiti. Così studieremo il regime legale di quest'istituto nei due diritti. Vedremo come sono quasi simili, però con una differenza importante.

Esta diferencia es el requisito de la procedura d'omologación de los Acordos de Ristrutturazione. Como veremos la omologación es un medio para la tutela de los derechos e intereses de los acreedores.

La diferencia es el centro de estudio de nuestro trabajo. En España no se prevé una procedura d'omologación como requisito de los Acordos de Ristrutturazione de los deudores, mientras que en Italia sí se prevé.

---

*preventiva, el acuerdo preconcursal, con el ordenamiento jurídico 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”; ARIAS VARONA F.J. (2013), “Los acuerdos de refinanciación en el contexto comparado”, **Conservación de empresas en crisis**, AAVV dirigida por ARIAS VARONA F.J., Monografía Asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Monografía núm. 17, Edit. La Ley, Madrid, págs. 50 y 51 en las que establece las innumerables similitudes entre la regulación española de los Acuerdos de Refinanciación, y la regulación italiana. Considera que incluso en la terminología utilizada existen similitudes, como se encuentran en los llamados “escudos protectores”, que la doctrina italiana denomina “ombrelli protettivi”, en el carácter extrajudicial de la negociación del acuerdo de refinanciación, la necesidad de emplear a un “experto independiente”, que la doctrina italiana denomina “profesionista independiente”, etc. Tantas son las similitudes que llega a pensar que la legislación italiana ha servido como modelo para la regulación en España de los acuerdos de refinanciación, ya que su inclusión en el sistema legal italiano fue 4 años antes que la inclusión en España; DASSO A. A. (2013), “Ristrutturazione extragiudiziale”, en **Soluzioni negoziali e istituti preconcursuali nella gestione delle crisi**, AAVV a cura di BONFATTI S./FALCONE G., traducción de FALCONE G., Edit. Giuffrè, Milano, pág. 241, en este sentido; MARTÍNEZ ROSADO J. (2013), “Extensión subjetiva de los acuerdos de refinanciación”, en **Conservación de empresas en crisis**, AAVV dirigida por ARIAS VARONA F.J., Monografía Asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Monografía núm. 17, Edit. La Ley, Madrid, pág. 73, en este mismo sentido; BONFATTI S. (2010), “Los paraguas protectores de los acuerdos extrajudiciales para prevenir y superar la crisis de la empresa en las reformas de las leyes concursales española e italiana”, **Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal**, núm. 12, pág. 398, en este sentido, diciendo que los Acuerdos de Refinanciación, según la Ley Concursal, fueron introducidos siguiendo el modelo italiano; PULGAR EZQUERRA J. (2013), “La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”, en **Soluzioni negoziali e istituti preconcursuali nella gestione delle crisi**, AAVV a cura di BONFATTI S./FALCONE G., traducción de FALCONE G., Edit. Giuffrè, Milano, pág. 209, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2014), “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores”, **Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal**, núm. 20, pág. 45, en este sentido; ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), “El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente”, en **Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis**, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat, pág. 236, en la que reconoce que el legislador español, ha regulado los Acuerdos de Refinanciación siguiendo el modelo italiano; PULGAR EZQUERRA J. (2012), “Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”, Edit. La Ley, Madrid, pág. 188, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (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, de 3 de octubre de 2014, año XXXV, pág. 7, en este sentido.*

Partendo da questo punto, studieremo la necessità d'introdurre nella Ley Concursal Spagnola, una procedura d'omologazione obbligatoria. Per accreditare questa necessità studieremo il regimen di revocabilità degli atti nel fallimento (Capitolo 2).

Abbiamo scelto questa misura di protezione giacchè è una forma di concedere opponibilità erga omnes agli atti d'esecuzione degli Accordi. Vedremo che il legislatore spagnolo non ha protetto tanto quest'atti. Vieta l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare, però permette l'esercizio delle azioni impugnatorie (come la pauliana o la nullità). Ma, essendo una protezione incompleta, produce indifensione ai creditori, visto che s'impone la validità di questi atti giuridici senza la possibilità di formulare opposizione, neanche un controllo giudiziale. E anche una indifensione ai creditori aderenti, siccome non godono d'una protezione piena. Dunque il problema si manifesta nell'irrevocabilità degli atti, come motivo principale d'indifensione.

Seguendo il modello italiano, vedremo che il legislatore è più preciso in questo senso. Dota agli atti d'esecuzione dell'Accordo d'una protezione completa contro le azioni revocatorie. Così, vieta l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare, revocatoria ordinaria (oppure pauliana). È una protezione piena, senza produrre indifensione ai creditori. Questo solo è possibile con una procedura d'omologazione.

Con l'introduzione di questo requisito, i creditori potranno evitare questa protezione, o almeno, saranno ascoltati. Con questo procedimento si potrà dotare d'una maggiore protezione agli Accordi di Ristrutturazione, assicurando il diritto di difesa dei creditori e di ogni altro interessato.

Però, l'introduzione di questo processo come requisito degli Accordi presenta un nuovo problema. L'omologazione dell'Accordo consiste in un mezzo d'opposizione e anche in un controllo giudiziale del contenuto dell'Accordo.

Non si può richiedere al Tribunale di controllare il contenuto dell'Accordo, posto che non è delle sue competenze, ovvero non avrà conoscenze sufficiente per fare un esame sulla viabilità e idoneità dell'Accordo di Ristrutturazione. Sarà necessaria l'opinione di un professionista esperto in questa materia. Sebbene questo allungherebbe la procedura d'omologazione, non essendo d'accordo con la filosofia degli Accordi.

La soluzione la troviamo nel controllo pregiudiziale del contenuto dell'Accordo di Ristrutturazione. Con un controllo previo il Tribunale potrebbe esaminare il contenuto dell'Accordo senza dilatare la procedura. Seguendo il modello italiano, Il Tribunale controllerà l'Accordo sulla base dell'attestazione del professionista indipendente.

Da questo punto, vedremo il controllo pregiudiziale degli Accordi di Ristrutturazione nella Spagna. Prima c'era il requisito dell'attestazione del professionista indipendente sulla viabilità, vericità e idoneità. Ma con la riforma legale nell'anno 2014, si è sostituito il requisito dell'attestazione per una certificazione del revisore contabile del debitore.

La nuova politica legislativa si basa nella rilassazione dei requisiti dell'Accordo fomentando così la ratificazione. Però il legislatore si dimentica del diritto di fare un controllo sul contenuto. Adesso non c'è nessun controllo sull'Accordo di Ristrutturazione dei debiti. Così si lascia la possibilità d'attuare in maniera fraudolenta.

Come vedremo nel Capitolo 3, non esiste nessun controllo pregiudiziale. In questo punto, sarebbe impossibile introdurre il requisito della procedura d'omologazione, giacché, senza l'attestazione, la procedura diventerà vuota.

Così proporremo l'introduzione, un'altra volta, del requisito dell'attestazione del professionista indipendente sul contenuto, viabilità, idoneità, vericità e proporzionalità. Così potremo aggiungere questa procedura d'omologazione.

Però, nello studio del requisito del professionista indipendente, vedremo che non c'è un sistema corretto per assicurare la sua indipendenza. La ragione della conclusione risiede nella possibilità del debitore d'impedire la pubblicità della fase di negoziazione del Accordo.

La soluzione la troviamo anche nel modello italiano. Studieremo l'attestazione che fa il professionista indipendente nella Legge Fallimentare. Vedremo che veramente c'è un controllo sul contenuto dell'Accordo. E anche studieremo l'indipendenza del professionista e le forme d'assicurarla. Concluderemo dicendo che, con un sistema d'indipendenza meno tassativo che il previsto nella Ley Concursal, il legislatore italiano assicura la correttezza di questo requisito. E lo fa per mezzo della procedura d'omologazione dell'Accordo.

Con la procedura d'omologazione, i creditori potrebbero opporsi alla tipicità degli Accordi, addirittura accreditando la mancanza d'indipendenza del professionista attestatore.

Così potremo dire che la procedura d'omologazione ha bisogno del controllo del professionista per essere una procedura completa e corretta. E in senso contrario, il professionista necessita della procedura d'omologazione per assicurarsi la sua indipendenza.

Per finire il nostro lavoro, una volta dimostrato il problema del regime spagnolo, spiegheremo la maniera di tutelare i diritti dei creditori, e anche il buon fine dell'Accordo. Sono due:

- L'opposizione dei creditori all'omologazione dell'Accordo di Ristrutturazione.
- Il controllo giudiziale che faccia il Tribunale in assenza d'opposizioni.

Così avremo dimostrato la necessità di una procedura d'omologazione. Con la sua inserzione nel regime degli Accordi di Ristrutturazione, l'irrevocabilità sarà giustificata e anche potrebbe essere più forte. Con il requisito dell'attestazione del professionista, la procedura d'omologazione diventa completa e viabile. E con la procedura d'omologazione si potrebbe assicurare l'indipendenza del professionista.

Seguendo il modello scelto del legislatore spagnolo, il modello italiano, si risolverebbero tutti i problemi degli Accordi di Ristrutturazione dei debiti.

## **Metodologia**

Questo lavoro, come tutti gli altri, è cominciato con la lettura di tutta l'informazione trovata sul tema principale. Poi abbiamo tenuto in conto del problema che c'era nella regolazione e abbiamo cercato una soluzione allo stesso, dimostrando le nostre conclusioni.

La tesi così si fa di solito. In primo luogo deve essere gestata dall'autore. Dopo la tesi va crescendo secondo le circostanze e i problemi che trova nella sua vita. Tra un periodo di maturazione la tesi si definisce. E finalmente, quando è già adulta, scopriamo che abbiamo trovato alcune conclusioni. Una volta vista la vita della tesi, siamo in condizioni di osservare la metodologia utilizzata. Così la metodologia è l'ultima cosa scritta da questo lavoro.

In primo luogo, abbiamo cercato tutta la bibliografia spagnola sugli Accordi di Ristrutturazione. Dopo abbiamo scritto un'amplia redazione sul regime degli Accordi. Come se fosse un lavoro che tratta la descrizione della regolazione di quest'istituto (gestazione).

Dopo, abbiamo fatto lo stesso, però con la bibliografia italiana. Così stavamo in condizione di vedere gli Accordi di Ristrutturazione dei debiti di maniera comparata (gestazione). In questa fase concludevamo che i due ordinamenti sugli Accordi, erano quasi lo stesso.

Tra questa fase, ci rediamo conto della principale differenza tra questi strumenti, la procedura d'omologazione. Vedemo che la differenza nella regolazione ha una

grandissima importanza, giacchè modifica completamente la definizione dell'accordo. Non sono eguali gli Accordi di Ristrutturazione tra Spagna e Italia. In questo momento pensiamo che questa differenza potrebbe essere troppo interessante (fase di crescita).

Mentre esaminavamo questa differenza, avevamo visto che il legislatore italiano ci sembrava più rigoroso con la tutela dei diritti dei creditori. Avevamo reso conto che la procedura d'omologazione serve per la difesa dei creditori e anche degli interessi svolti nel fallimento.

Così cambiammo la nostra idea di tesi, e facemmo uno studio su questa differenza. Sulla sua incidenza nel regime degli Accordi. E soprattutto una comprovazione sulla protezione degli Accordi e il diritto di difesa dei creditori. In questo momento già avevamo definito la problematica.

Con tutto quanto raccolto, facemmo lo schema della tesi. E una volta definito, avevamo approfondito i temi di studio. Cioè l'irrevocabilità e il controllo pregiudiziale. In questa fase soltanto avevamo letto poca bibliografia su questa problematica più specifica (fase di adolescenza).

Dopo questo, avevamo lasciato la tesi in riposo per pensare se ci fosse qualche altra cosa di studio. In questo tempo anche stavamo aspettando che la dottrina studiasse di più questo tema (periodo di maturazione).

Poi abbiamo cercato più informazione sugli Accordi e sulle questioni d'approfondire, abbiamo anche aggiornato la nostra tesi alle riforme legali.

La tesi è stata in crescita paulatinamente fino adesso, posto che nel periodo di maturazione abbiamo approfondito i temi, aggiunto bibliografia specifica, e anche studiato le novità legislative (soprattutto nella Spagna).

E già, nella fase adulta siamo in condizione di esprimere la metodologia scelta per fare il lavoro. In questo momento possiamo dire che non è stata una metodologia predisegnata.

Come tutti i lavori d'investigazione nuovi, non seguono uno schema immutabile. L'autore fa lo scheletto della tesi, però lo deve lasciare alle sue circostanze. Così crescerà in salute.

E l'autore non deve limitarsi al suo pensiero, giacchè sta investigando adesso. Così la nostra tesi prima era uno studio comparato sui due regimi degli Accordi di Ristrutturazione dei debiti. Ma, quando avevamo visto il problema attuale nella Legge Spagnola, cambiammo il centro dello studio, dalla comparazione degli Ordinamenti, alla dimostrazione della necessità della procedura d'omologazione come requisito degli Accordi di Ristrutturazione, nella Legge spagnola.

Adesso soltanto ci manca aspettare che la crescita della tesi sia stata propizia e che arrivi a buon porto. Aspettiamo che vi sia piaciuta.

# Capítulo 1. Los Acuerdos de Refinanciación en el derecho español e italiano.

## 1.1 Los Acuerdos de Refinanciación en España

Los acuerdos de refinanciación no tienen una plasmación positiva en nuestra legislación concursal hasta el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo<sup>2</sup>, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. En concreto, el artículo 8º de este Real Decreto-Ley introduce una nueva Disposición Adicional, específicamente la 4ª, en la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal.

A pesar de carecer de regulación legal, los acuerdos de refinanciación ya venían siendo puestos en práctica con anterioridad a esta reforma de la legislación concursal<sup>3</sup>. No obstante, la falta de regulación de los mismos los sometía al riesgo de

---

<sup>2</sup> Vid. BOE de 31 de marzo de 2009, núm. 78, página 30367; MOYA YOLDI J. (2009), “**Los acuerdos de refinanciación de la nueva disposición adicional cuarta de la Ley Concursal**”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 8, pág. 31, en la que dice que “*El artículo 8 del Real Decreto-ley 3/2009 de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, que tiene por rúbrica Reintegración de la masa y acuerdos de refinanciación, ha introducido mediante su apartado Tres una nueva Disposición Adicional Cuarta en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que dota de carácter positivo a los acuerdos de refinanciación*”

<sup>3</sup> Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ A. (2012), “**Reflexiones sobre las soluciones preconcursales**”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 16, pág. 123, “*En efecto, los contratos de refinanciación de deuda no son nada nuevo que se haya inventado recientemente sino que vienen siendo utilizados en el tráfico por los empresarios y las entidades financieras desde hace muchísimos años y con muy variados fines, entre los que puede haber algunos que nada tienen que ver ni con la preinsolvencia ni con dificultades financieras del empresario; basta pensar en el empresario al que se le presenta una buena oportunidad de inversión y pide a sus entidades financieras que le refinancien los préstamos que ya tiene a un más largo plazo con objeto de liberar recursos que quiere destinar a acometer dicha inversión; una tal refinanciación tendría detrás una causa financiera y no una causa de saneamiento*”; CERVERA M. (2014), “**El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación**”, Anuario de Derecho Concursal, núm. 33, pág. 29 de la versión electrónica, consultada en enero de 2015, de dicha revista, en la que explica que la reforma del año 2009 fue grandiosa al introducir los Acuerdos de Refinanciación en la legislación concursal, habida cuenta que se venían practicando tiempo atrás como meros acuerdos. Critica la legislación anterior al 2009 por no proteger estos acuerdos de refinanciación que tan reiteradamente eran suscritos para evitar un futuro concurso ; MOYA YOLDI J. (2009), “**Los acuerdos de refinanciación de la nueva disposición adicional cuarta de la Ley Concursal**”, cit., pág. 31, en este sentido; MARTÍNEZ ROSADO J. (2013), “**Extensión subjetiva de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 69, en el mismo sentido, aludiendo a la práctica extralegal de los acuerdos de refinanciación, con anterioridad al 2009. Continúa en la página 77 enumerando los problemas que su práctica, previa a su legislación, planteaba todo tipo de problemas.; PULGAR EZQUERRA J. (2011), “**La potenciación de los acuerdos de refinanciación en la reforma de la Ley Concursal**”, cit., pág. 34, en la que critica la Ley Concursal, antes de la reforma del año 2009, diciendo que era la única legislación concursal que no contemplaba dentro de su articulado, la figura de los acuerdos de refinanciación. Dice expresamente que los acuerdos de refinanciación se venían realizando en la más absoluta autonomía de la voluntad, ya que no había

su posible rescisión, siempre y cuando se hubieran celebrado dos años antes de la declaración de concurso.

En este sentido, la práctica anterior de los Acuedos de Refinanciación resultaba inviable. Esto se debe a que los Acuerdos se constituyen momentos previos a la declaración de concurso. Dado el contenido de los mismos y la constitución de garantías para hacerlo más atractivo, se exponían a su futura rescisión<sup>4</sup>.

Fue éste el principal motivo de la introducción de la figura en nuestro Derecho Concursal, procurar la protección de este instituto.

### 1.1.1 Los acuerdos de refinanciación en el Real Decreto-Ley 3/2009

Este Real Decreto-Ley procuró adecuar la actividad empresarial a la situación de crisis económica que comenzaba a sufrirse.

El principal objetivo de este Real Decreto-Ley era la regulación, por primera vez<sup>5</sup> dentro de nuestra legislación concursal, de los acuerdos de refinanciación. Como ya

---

ningún tipo de regulación legal al respecto. Sin embargo, con la reforma del año 2009, se incluye la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal, introduciendo esta figura en la legislación; PULGAR EZQUERRA J. (2014), **“Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores”**, cit., pág. 45, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 183, cuando menciona la situación anterior y la práctica de los Acuerdos de Refinanciación antes del 2009; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat, pág. 99, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sec. I de 31 de julio 2013, núm. 255**, en este sentido.

<sup>4</sup> Vid. CARRO ARANA/SOUSA FERNÁNDEZ (2010), **“Los acuerdos de refinanciación en empresas con riesgo de insolvencia en el marco de los procesos concursales”**, Estudios financieros, Revista de contabilidad y tributación, núm. 327, pág. 157, sobre la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, de 12 de mayo de 2007, en la que se califica la mala fe del deudor y de los acreedores, señalan que *“Dicha resolución añade que la actuación de la entidad financiera que participa en este tipo de refinanciación puede ser calificada de mala fe, puesto que siendo conocedora de la delicada situación del deudor, propicia garantizarse la recuperación de su crédito en perjuicio del resto de acreedores.”*; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 99, en este sentido; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del acuerdo y otros efectos”**, en Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat, pág. 252, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 183, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 5 de noviembre 2012, núm. 255**, en este sentido, diciendo que antes de la introducción del Real Decreto 3/2009, los Acuerdos de Refinanciación y todos los pactos que conllevaban eran rescindidos; **Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sec. I de 31 de julio 2013, núm. 255**, en este sentido.

<sup>5</sup> Vid. BELTRÁN E. (2012), **“La reforma de la Ley Concursal”**, en Materiales de la Reforma Concursal 2009-2011, AAVV coordinada por BELTRÁN E./CAMPUZANO A.B., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 661, *“Las modificaciones contenidas en el presente Decreto-Ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan*

hemos señalado, el artículo 8º vino a introducir una nueva Disposición Adicional, la 4ª, a la Ley Concursal, que establecía que los **acuerdos de refinanciación** son<sup>6</sup> todos aquellos que supongan un aumento significativo del crédito del deudor o modificación de sus obligaciones, bien a través de quitas, bien a través de esperas, o incluso por el establecimiento de otras obligaciones contraídas en sustitución de éstas, siempre y cuando vayan acompañados de un plan de viabilidad, que permita la continuidad de la empresa a corto o medio plazo.

Sobre esta definición, la doctrina<sup>7</sup> puntualiza lo siguiente:

- Debe tratarse de un crédito disponible. Por ello el objeto del acuerdo de refinanciación puede ser todo tipo de créditos.
- Se precisa de un contenido mínimo, ya que, aun no exigiéndose legalmente ningún tipo de actuación, negocio jurídico, o disposición, siempre se requerirá una serie de garantías tendentes a encaminar este acuerdo de refinanciación hacia su éxito y cumplimiento.

---

*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*"; ENCISO ALONSO-MUÑUMER M. (2013), "El plan de viabilidad en el ámbito de los acuerdos de refinanciación", cit., pág. 109; PULGAR EZQUERRA J. (2013), "La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003", cit., pág. 207, en este sentido; DASSO A. A. (2013), "Ristrutturazione extragiudiziale", cit., pág. 241, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2014), "Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores", cit., pág. 45, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012), "Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación", cit., pág. 187, en la que dice que el año 2009 fue un año de novedad legislativa, con la introducción de los Acuerdos de Refinanciación en la Ley Concursal.

<sup>6</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2009), "Protección de las refinanciaciones frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDI 3/2009", cit., pág. 48, en la que recoge la definición legal de los Acuerdos de Refinanciación según la Disposición Adicional IV de la Ley Concursal en el año 2009; MOYA YOLDI J. (2009), "Los acuerdos de refinanciación de la nueva disposición adicional cuarta de la Ley Concursal", cit., pág. 31, en el mismo sentido; GARCÍA-VILLARRUBIA M./RODRÍGUEZ L.E. (2010), "Los acuerdos de refinanciación tras la comunicación ex artículo 5.3 Ley Concursal", Anuario de Derecho Concursal, núm. 20, pág. 589 en el mismo sentido; BELTRÁN E. (2012), "La reforma de la Ley Concursal", cit., pág. 664; MARTÍNEZ ROSADO J. (2013), "Extensión subjetiva de los acuerdos de refinanciación", cit, pág. 77.

<sup>7</sup> Vid. PIÑEL LÓPEZ (2009), "Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales", Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 11, págs. 39 y 40, donde realiza un análisis de esta definición legal; URÍA FERNÁNDEZ F./CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS J. (2013), "El nuevo régimen de las refinanciaciones y reestructuraciones ante el concurso", Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 18, pág. 130, en la que comenta el contenido de la Disposición Patrimonial IV de la Ley Concursal según la reforma del año 2009; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ A. (2012), "Reflexiones sobre las soluciones preconcursales", cit., pág. 123 para la misma definición de los acuerdos de refinanciación; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), "Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011", cit., pág. 100, en este sentido.

- Ha de comportar una viabilidad financiera<sup>8</sup>, cuyo plan quedará recogido en el acuerdo de refinanciación, conteniendo sólo las actuaciones que contribuyan a la viabilidad del acuerdo de refinanciación.
- Ha de consistir en una ampliación significativa del crédito disponible<sup>9</sup>. Al no precisarse en la Ley qué se entiende por “ampliación significativa”, habrá que estar a lo que determine el experto independiente, a priori, y el Juez, a posteriori, sobre el acuerdo de refinanciación y su viabilidad.

<sup>8</sup> Vid. ENCISO ALNSO-MUÑUMER M. (2013), “**El Plan de Viabilidad en el ámbito de los Acuerdos de Refinanciación**”, cit., págs. 111 a 124, en las que explica que el acuerdo de refinanciación tendrá que ir acompañado de un Plan de Viabilidad que asegure la continuidad de la empresa. Considera que debe ser la base del Acuerdo, ya que de esta manera será digno de ser protegido por las medidas dispuestas en la Ley Concursal. Su justificación se basa en los beneficios del Acuerdo ratificado por el Plan. Es decir, el Plan de Viabilidad muestra como, por medio de un Acuerdo de Refinanciación, se puede salvar a la empresa en estado de crisis, sin tener que recurrir a un proceso concursal. De este apunte señala que a través de esto, se garantiza en mayor medida el pago a todos los acreedores. Finaliza diciendo que, aunque no fuere exigido por la Ley, sería casi obligatorio ya que para que el Acuerdo de Refinanciación sea ratificado, los acreedores exigirán un Plan de Viabilidad detallado en el que se especifique la ejecución del Acuerdo, y cada una de las medidas del mismo, junto con las implicaciones que ello puede suponer; GARCÍA-CRUCES J.A. (2013), “**Configuración general de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia**”, en **Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis**, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat, págs. 27 y 28, en las que expone que el Acuerdo de Refinanciación tiene que ir necesariamente encaminado a la continuidad empresarial; PULGAR EZQUERRA J. (2012), “**Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación**”, cit., págs. 261 y 278 a 282 en las que explica que el Acuerdo tiene que ser económicamente viable, lo que se demuestra a través de un Plan de Viabilidad. En las páginas 278 a 282 explica todo lo relativo al Plan de Viabilidad que acompaña al Acuerdo; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), “**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**”, cit., págs. 56 y 587, en este sentido.

<sup>9</sup> Vid. MOYA YOLDI J. (2009), “**Los acuerdos de refinanciación de la nueva disposición adicional cuarta de la Ley Concursal**”, cit., pág. 34 quien analiza el concepto de “ampliación significativa del crédito disponible” bajo el borrador del Real Decreto.ley 3/2009, el cual, en su artículo 71.3b) estima que la será una ampliación significativa siempre y cuando suponga al menos un 20% de ampliación del crédito disponible. Una vez conceptualizado el término “significativo” considera que ha de tratarse de una ampliación del crédito disponible, lo que, según el autor, alude a un ingreso de dinero en el marco del acuerdo de refinanciación (fresh money); MORALEJO I. (2013), “**Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del acuerdo y otros efectos**”, cit., pág. 280, en este sentido, añadiendo que la significatividad de la ampliación del crédito disponible, dependerá de la magnitud de la empresa, y de la cantidad de deuda; PULGAR EZQUERRA J. (2012), “**Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación**”, cit., pág. 264, en este sentido, añadiendo que para conseguir esta ampliación, en el año 2012 se introduce el privilegio de “fresh money”; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), “**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**”, cit., pág. 100, en este sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), “**Institutos concursales y refinanciación de deudas**”, Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat, pág. 51, en este sentido. Igualmente se pronuncia diciendo que la significatividad de la operación dependerá de la magnitud del deudor y de sus deudas; CERDÁ F. (2014), “**La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes**”, **Anuario de Derecho Concursal núm. 33**, versión electrónica de la revista consultada en Enero de 2015, pág. 66, en la que considera que la ampliación significativa del crédito disponible ha de valorarse de conformidad con el Plan de Viabilidad para ver si efectivamente es o no es significativa.

- También puede consistir en una modificación de las obligaciones del deudor<sup>10</sup>. La modificación de las obligaciones puede implicar una prórroga del plazo de su vencimiento (sin que el legislador establezca límite temporal alguno) o bien, la sustitución de éstas por otras contraídas *ex novo*<sup>11</sup>.
- Todo ello, siempre y cuando permita la continuidad<sup>12</sup> de la actividad del deudor en el corto y medio plazo, debiendo entenderse como corto plazo el inferior a un año, y medio plazo el que oscila entre uno y tres años<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Vid. MOYA YOLDI J. (2009), **“Los acuerdos de refinanciación de la nueva disposición adicional cuarta de la Ley Concursal”**, cit., pág. 35, en la que precisa que la modificación de las obligaciones del deudor no tiene que ser significativa, pudiendo ser tanto la prórroga del plazo de su vencimiento, como la sustitución de éste por otras nuevas. En lo que respecta a la prórroga del plazo de su vencimiento, supone una ampliación del tiempo en que la deuda es exigible, debiendo ser suficiente como para no implicar patrimonialmente a la empresa. De otro lado, la sustitución de las obligaciones puede consistir en la modificación de la deuda, como es la exigibilidad de la misma, la ampliación de la deuda, o cualquier otro tipo; GARCÍA VICENTE J. R. (2013), **“Deberes en la negociación y responsabilidad precontractual”**, en **Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis**, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J. A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat, pág. 68, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 264, en la que expone que la prórroga del plazo de vencimiento de las obligaciones, y la novación de las mismas constituyen el contenido financiero del Acuerdo de Refinanciación; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 100, en este sentido; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 280, en este sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos concursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 51, en este sentido; CERDÁ F. (2014), **“La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes”**, cit., pág. 66, en la que define lo que se entiende por modificación de las obligaciones desde un concepto amplio; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid de 20 de febrero 2013, número de autos 27/2013**, en este sentido. Añade que para poder apreciar la modificación de las obligaciones habrá que observarlas de forma comparada.

<sup>11</sup> Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ A. (2012), **“Reflexiones sobre las soluciones concursales”**, cit., pág. 122, *“Preinsolvencia en que se encuentra el empresario y la decidida puesta legislativa por potenciar el principio de conservación de empresas precisamente en ese estadio donde, sin amenaza grave para el interés de los acreedores, puede adquirir el carácter preventivo que le es exigible a un moderno Derecho Concursal.”*; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 281, en este sentido; PIÑEL LÓPEZ (2009) **“Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales”**, cit., pág. 40 en el mismo sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 100, en este sentido, contemplándolo como una posibilidad, que en la mayoría de los casos se incluirá en el Acuerdo de Refinanciación; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos concursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 51, en este sentido.

<sup>12</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”**, cit., pág. 212, en la que dice que necesariamente tendrán que asegurar la continuidad de la actividad empresarial del deudor. De hecho dice que los Acuerdos de Refinanciación liquidatorios no serán dignos de protección, a diferencia de la legislación italiana; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 261, en este sentido. Añade que la continuidad empresarial ha de entenderse en sentido flexible. La empresa puede cambiar su actividad o su forma jurídica, siempre y cuando continúe en funcionamiento. Finaliza su exposición diciendo que por ello se exige un Plan de Viabilidad que

La jurisprudencia<sup>14</sup>, además de apoyar esta definición legal, considera que constituye el contenido mínimo del Acuerdo de Refinanciación. El Acuerdo tendrá que suponer, al menos, la ampliación significativa del crédito disponible o bien la reestructuración del pasivo deudor, siempre que permita la continuidad de la empresa en el corto o medio plazo.

La práctica reiterada de los Acuerdos de Refinanciación ha sentado un parámetro en nuestros Tribunales<sup>15</sup>. Consiste en la normalidad, aunque no obligatoriedad, de la constitución de nuevas garantías en el marco del Acuerdo. De esta forma se hace mucho más atractivo para la ratificación de los acreedores.

---

recoja como el Acuerdo de Refinanciación va a permitir la continuidad empresarial; GARCÍA VICENTE J. R. (2013), **“Deberes en la negociación y responsabilidad precontractual”**, cit., pág. 68, en este sentido; GARCÍA-CRUCES J.A. (2013), **“Configuración general de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia”**, cit., págs. 27 y 28, en este sentido.

<sup>13</sup> Vid PIÑEL LÓPEZ (2009) **“Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales”**, cit., pág. 40, donde establece que *“En concreto nuestro actual Plan General de Contabilidad considera pasivo corriente a las obligaciones cuyo vencimiento o extinción se espera que se produzca en el CORTO PLAZO, es decir en el plazo máximo de un año [...] una definición que nos dice que plazo medio es un período de tiempo entre uno y tres años”*; MOYA YOLDI J. (2009), **“Los acuerdos de refinanciación de la nueva disposición adicional cuarta de la Ley Concursal”**, cit., pág. 34 en el mismo sentido diciendo que el Real Decreto 1514/2007 por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad da una definición del corto y el largo plazo, pero no del medio plazo, por lo que se remite a lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley Concursal, al definir la memoria económica que debe presentar el deudor con su solicitud de concurso voluntario; ENCISO ALNSO-MUÑUMER M. (2013), **“El Plan de Viabilidad en el ámbito de los Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 116, en la que, tras enumerar las diferentes teorías sobre el corto y el medio plazo, se suma a la doctrina mayoritaria, considerando el corto y medio plazo entre los 1 y 3 años; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 280, en este sentido diciendo que el corto y medio plazo es aquel período que transcurre entre 1 y 3 años; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 100, en este sentido.

<sup>14</sup> Vid. **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 22 de febrero 2013, núm. 53**, *“3.1.3.- Del contenido mínimo del acuerdo y sus garantías. Los pactos que integran el contenido del acuerdo de refinanciación deben versar, bien de la ampliación significativa del crédito disponible (fresh money), o bien de la reordenación del pasivo del deudor consistente en la modificación de sus obligaciones, ya sea mediante prórroga de su plazo de vencimiento, o bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas”*; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 5 junio 2012, núm. 153**, en el mismo sentido; **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de León de 21 de marzo 2012, núm. 29**, en el mismo sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. IX de 18 de julio 2013, núm. 209**, en el mismo sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. IX de 17 de junio 2013, núm. 179**, en el mismo sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 21 de mayo 2012, núm. 244**, en el mismo sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid de 20 de febrero 2013, número de autos 27/2013**, en el mismo sentido, diciendo que supone el contenido mínimo del Acuerdo de Refinanciación. Precisa además que esto supone el requisito objetivo para la validez del Acuerdo.

<sup>15</sup> Vid. **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 10 de julio 2012, núm. 188**, en la que se considera que la constitución de garantías para créditos nuevos o ya preexistentes, en el marco de un Acuerdo de Refinanciación, es usual. Continúa diciendo que, dada la normalidad de esta actividad, cuando se trata de hacer más atractivo el Acuerdo, de cara a su ratificación, queda sustraído del ejercicio de la acción rescisoria; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. IX de 17 de junio 2013, núm. 179**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 8 de julio 2012, núm. 156**, en este sentido.

Los acuerdos de refinanciación, como puede deducirse de su terminología y de su definición, tienen naturaleza preconcursal, es decir, su principal objetivo es evitar que se tenga que acudir a un proceso concursal, que en la mayoría de las ocasiones finaliza con la extinción de la actividad empresarial del concursado. Por lo tanto, tienen una finalidad de prevención concursal<sup>16</sup>.

La jurisprudencia<sup>17</sup> ha considerado los Acuerdos de Refinanciación tienen una naturaleza contractual. Son contratos vinculantes inter partes (entre el deudor y sus acreedores) cuya eficacia puede extenderse a terceras personas (irrescindibilidad de los pactos que implican y extensión de la espera pactada). Esta idea ha sido apoyada por la doctrina<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO (2010), **“Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación”**, Anuario de Derecho Concursal, núm. 21, pág. 16, quien establece que los acuerdos de refinanciación: *“están al servicio de la prevención concursal como fin último de dicho procedimiento: persigue asegurar la tutela de la posición de los terceros acreedores no firmantes del acuerdo de refinanciación cuyos derechos pueden quedar lesionados en un posterior concurso por la inatacabilidad del arreglo extrajudicial por la vía de la rescisoria concursal [...], el legislador entrega todo el dicho procedimiento de negociación al ámbito de la autonomía de la voluntad y de suerte que todo él queda al margen del Registro”*; ARA TRIADÚ C. (2013), **“El contenido del acuerdo (I). Los acuerdos de refinanciación”**, en Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J. A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat, pág. 120, en la que expone que los Acuerdos de Refinanciación son un instrumento preconcursal. Como una alternativa al concurso de acreedores; GARCÍA-CRUCES J. A. (2013), **“Configuración de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia”**, cit., pág. 28, en este sentido; PANIAGUA ZURERA M. (2011), **Los acuerdos de refinanciación en la última reforma de la Ley concursal**, Andalucía Económica, núm. 238, pág. 90 en la que expone que los acuerdos de refinanciación surgen como alternativa al proceso concursal, procurando su prevención; CURTO POLO M. M. (2013), **“La posición de los acreedores en el acuerdo de refinanciación extraconcursal”**, en Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J. A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat, pág. 97, en este sentido. Añade que el Acuerdo de Refinanciación es un tipo de figura fuera del concurso, no compartiendo ningún elemento con este tipo de procesos; PULGAR EZQUERRA J. (2009), **“Protección de las refinanciaciones frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDI 3/2009”**, cit., pág. 47, en el mismo sentido, diciendo que la reforma por este Real Decreto-ley, fomenta las soluciones preconcursales, centrándose en los acuerdos de refinanciación; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 15, en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 110, en la que dice que la finalidad del Acuerdo de Refinanciación es evitar a toda costa el concurso; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sec. I de 23 de enero 2012, núm. 14**, *“Las operaciones de refinanciación protegidas, tal y como han sido reguladas por el citado Real Decreto-Ley están previstas originariamente para que se realicen en una situación de insolvencia inminente, y para evitar que la misma desemboque en insolvencia actual.”*

<sup>17</sup> Vid. **Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sec. I de 23 de enero 2012, núm. 14** en la que se dice que los pactos contenidos en el Acuerdo de Refinanciación no vinculan a los terceros, sino sólo a quienes lo han ratificado. Sin embargo, una vez alcanzado el Acuerdo de Refinanciación típico, no se podrá poner en tela de juicio la validez de tales negocios, o incluso su carácter fraudulento; **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona de 7 de agosto 2013, núm. 118**, en este sentido.

<sup>18</sup> Vid. GARCÍA-CRUCES J. A. (2013), **“Configuración de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia”**, cit., págs. 29 y 31, en la que define los Acuerdos de Refinanciación como *“un*

En este tipo de acuerdos prima el principio de autonomía de la voluntad de las partes establecido en el artículo 1255 del Código Civil<sup>19</sup>, sin que se exija posterior revisión por un órgano jurisdiccional, salvo que se pretenda su homologación.

Así, el contenido del Acuerdo de Refinanciación es libre<sup>20</sup>. Sin embargo, podemos dividir el contenido del Acuerdo de Refinanciación en dos tipos:

---

*conjunto de pactos contractuales que constituyendo un negocio jurídico unitario son acordados extrajudicialmente por una compañía en dificultades financieras con sus acreedores financieros, con la finalidad de procurar la viabilidad de la compañía y el cumplimiento de sus obligaciones*". Añade en las páginas sucesivas que las características del Acuerdo de Refinanciación, como un contrato, son las siguientes: 1. Unidad Funcional. El Acuerdo esta encauzado a una misma función; 2. Pluralidad material respecto a su contenido, y al de sus pactos; 3. Un fundamento negocial, aunque de carácter especial, habida cuenta que puede afectar a terceras personas; 4. Una finalidad típica, consistente en la continuidad empresarial; PULGAR EZQUERRA J. (2013), "**La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003**", cit., pág. 210, en este sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), "**Institutos preconcursales y refinanciación de deudas**", cit., pág.16, en este sentido. Añade que no se trata de un proceso, sino de un contrato o negocio jurídico fuera del proceso concursal; LARGO GIL R. (2013), "**El contenido del acuerdo (II). Los acuerdos de reestructuración empresarial**", en **Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis**, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat, pág. 187, en la que expone que el Acuerdo de Refinanciación se basa en la voluntad expresa y seria de negociar, entre el deudor y sus acreedores, o al menos a aquellos que representen, como mínimo, 3/5 del pasivo total del deudor; GALLEGO LANAU M. (2013), "**La cesión global de activo y pasivo como medida de autocomposición de una situación de crisis empresarial**", en **Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis**, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat, pág. 398, en la que explica el Acuerdo de Refinanciación como un contrato inter-partes; PULGAR EZQUERRA J. (2012), "**Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación**", cit., págs. 257, 258, 315 y 316 en las que explica que el Acuerdo de Refinanciación no puede ser considerado como un proceso, como ocurre en la legislación italiana. Son contratos inter-partes de carácter plurisubjetivo que pueden afectar a terceras personas, bien sea por la homologación judicial del Acuerdo, bien por determinados efectos que produce. De hecho, en las páginas 315 y 316 se reafirma sobre esta postura; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), "**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**", cit., pág. 110, en la que explica que el Acuerdo de Refinanciación tiene una naturaleza contractual inter-partes, en el mismo sentido que antes explicado.

<sup>19</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2011), "**Acuerdo de refinanciación y Fresh Money**", **Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal**, núm. 15, pag. 48, en la que dispone que esta reforma de la Ley Concursal, está encauzada a la legalización y codificación de los acuerdos de refinanciación. La describe como "*acuerdos de refinanciación extrajudiciales que el deudor en situación de insolvencia o de crisis económica próxima a ésta (insolvencia inminente) puede alcanzar sobre la base del principio de autonomía de la voluntad de las partes, ex art. 1255 Cc, con sus principales acreedores*"; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), "**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**", cit., págs. 55 y 62, en el mismo sentido. Añade que es justamente esta flexibilidad la que permite que los Acuerdos de Refinanciación sean tan efectivos ; BONFATTI S. (2010), "**Los paraguas protectores de los acuerdos extrajudiciales para prevenir y superar la crisis de la empresa en las reformas de las leyes concursales española e italiana**", cit., pág. 400, en este sentido; GARCÍA-CRUCES J. A. (2013), "**Configuración de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia**", cit., págs. 29 y 30, en este sentido, diciendo que el contenido del Acuerdo es totalmente libre, como manifestación principal de la autonomía de la voluntad de las partes que lo concluyen. Así, precisa los diferentes tipos de pactos que deben incluirse en el Acuerdo de Refinanciación, a modo de ejemplo.

- Todas aquellas disposiciones que más se adecúen a las circunstancias y necesidades del deudor<sup>21</sup>.
- El contenido mínimo del Acuerdo de Refinanciación<sup>22</sup>. Consiste, al menos, en la ampliación significativa del crédito disponible, en la modificación de

<sup>20</sup> Como ejemplo de Acuerdo de Refinanciación dada su completitud y viabilidad, véase: **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 11 de diciembre 2012, núm. 727**; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 5 de junio 2012, núm. 153**; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 17 de diciembre 2012, número de autos 720/2012**; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid de 14 de marzo 2013, número de autos 388/2012**; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm 2 de Sevilla de 21 de mayo 2012, núm. 244**; **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. I de 14 de mayo 2012, núm. 127**.

<sup>21</sup> Vid. GARCÍA-CRUCES J. A. (2013), **“Configuración de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia”**, cit., pág. 30, en las que dice que el Acuerdo de Refinanciación contendrá los siguientes pactos: 1. Pactos dirigidos a actuar sobre la situación preexistente; 2. Pactos de carácter financiero; 3. Pactos de modificación, extinción o creación de garantías y demás obligaciones; 4. Pactos encaminados a la dirección de la operación de refinanciación; 5. Pactos de carácter instrumental; ARA TRIADÚ C. (2013), **“El contenido del acuerdo (I). Los acuerdos de refinanciación”**, cit., págs. 139 a 149, en las que expone que el contenido del Acuerdo de Refinanciación puede ser muy variado. Distingue los siguientes pactos: **1.** Obligaciones de hacer y no hacer (los cuales los denomina “covenants”). Dentro de este especifica algunos tipos como pacto de limitación de la toma de decisiones, los de gestión de la empresa deudora, los de reducción de costes y los de obligación del deudor de mantener informados a todos los acreedores; **2.** Clausulas de vencimiento anticipado; **3.** La constitución de nuevas garantías para asegurar el patrimonio de los acreedores que han ratificado el Acuerdo de Refinanciación; LARGO GIL R. (2013), **“El contenido del acuerdo (II). Los acuerdos de reestructuración empresarial”**, cit., págs. 155 a 164 y 178, en las que explica que dentro del Acuerdo de Refinanciación puede efectuarse una modificación estructural de la empresa. Es decir, pueden darse fusiones, escisiones, fusiones apalancadas, y todo tipo de cambios en la gestión, dirección, coordinación y tipología de la propia empresa deudora. De hecho, la autora lo recomienda, habida cuenta que la empresa, en el actual estado, no ha funcionado correctamente. Precisa que aunque la empresa pase a ser absorbida por otra mayor, no implica el fin de la misma, ni el cese en su actividad. Por el contrario, supone la continuidad de la sociedad en su actividad como exige el Acuerdo de Refinanciación. Para poder entender el texto, recomendamos la lectura de las páginas 163 y 164 en las que se conceptúa y clasifican las reestructuraciones de empresas. Por último, en la página 178 expone un ejemplo de Acuerdo de Refinanciación basado en las modificaciones estructurales de la empresa; GALLEGO LANAU M. (2013), **“La cesión global de activo y pasivo como medida de autocomposición de una situación de crisis empresarial”**, cit., págs. 399 a 404, en las que expone como se puede realizar un Acuerdo de Refinanciación que contenga modificaciones estructurales de la empresa; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 266 a 278, en las que expone varias de las disposiciones que puede contener un Acuerdo de Refinanciación como son: la dación en pago, la capitalización preconcursal de deuda como mecanismo de saneamiento empresarial y modificaciones estructurales; RECALDE A. (2014), **“Los acuerdos de refinanciación mediante la conversión de deudas en capital”**, **Anuario de Derecho Concursal**, núm. 33, versión electrónica de la Revista, consultada en Enerl de 2015, págs. 145 a 165, en las que explica como un Acuerdo de Refinanciación puede incluir pactos de capitalización de deuda, esto es, conversión de la deuda en capital de la Sociedad. Se centra en las disposiciones que hemos de tener en cuenta a la hora de realizarlo, así como en el régimen legal de este tipo de operaciones mercantiles.

<sup>22</sup> Vid. ARA TRIADÚ C. (2013), **“El contenido del acuerdo (I). Los acuerdos de refinanciación”**, cit., págs. 135 a 137, en este sentido, considerando el contenido del artículo 71 bis.1 LC, como el contenido mínimo del Acuerdo de Refinanciación; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del acuerdo y otros efectos”**, cit., págs. 280 y 281, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág.

obligaciones preexistentes, y en la prórroga del plazo de su vencimiento. Pactos que podrán darse alternativamente, simultáneamente, o sólo uno de ellos.

Para favorecer esta institución preconcursal, el legislador prevé su **inatacabilidad**<sup>23</sup>, estableciendo que no son rescindibles siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el número 2 de la Disposición Adicional 4ª del Real Decreto-Ley 3/2009. En concreto:

- 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. El legislador no precisó el tipo de acreedores que pueden suscribirlo<sup>24</sup>.

---

264, en este sentido, considerando esto como el contenido mínimo del Acuerdo de Refinanciación; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., págs. 55 y 100, en este sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos concursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 50, en este sentido; CERDÁ F. (2014), **“La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes”**, cit., pág. 66, en este sentido; VALENCIA F. (2014), **“La tipología de los acuerdos de refinanciación”**, Anuario de Derecho Concursal, núm. 33, versión electrónica de la Revista, consultada en Enero de 2015, pág.119, en este mismo sentido.

<sup>23</sup> Vid. GARCÍA-VILLARRUBIA M./RODRÍGUEZ L.E. (2010), **“Los acuerdos de refinanciación tras la comunicación ex artículo 5.3 Ley Concursal”**, cit., pág. 587, *“los acuerdos de refinanciación y demás actos y negocios en ella referidos no estarán sujetos a la temida acción rescisoria de los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal siempre que cumplan determinados requisitos”*; PULGAR EZQUERRA J. (2009), **“Protección de las refinanciaciones frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009”**, cit., pág. 49, en el mismo sentido añadiendo que los acuerdos de refinanciación que no cumplan con tales requisitos (acuerdos de refinanciación atípicos) no serán automáticamente rescindidos, sino que pasarán al régimen general de rescisión, y no gozarán de la protección del legislador; PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”**, cit., pág. 211, en este sentido; DASSO A. A. (2013), **“Ristrutturazione extragiudiziale”**, cit., pág. 241, en este sentido; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 252, diciendo que es a partir de la reforma del 2009, cuando los Acuerdos de Refinanciación y todos los pactos que implican serán irrevocables; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 189, en este sentido, añadiendo que resultaba necesario añadir esta protección a los Acuerdos de Refinanciación y demás pactos que lo conformen.

<sup>24</sup> Vid. MOYA YOLDI J. (2009), **“Los acuerdos de refinanciación de la nueva disposición adicional cuarta de la Ley Concursal”**, cit., pág. 36, *“La norma no concreta qué clases de acreedores deben computarse a fin de alcanzar la suscripción por los tres quintos del pasivo, por lo que entiendo que habrá que considerar a todos los acreedores si distinción entre ellos, cualquiera que fuera la clasificación de su crédito en un potencial concurso, aunque, por atendibles razones de seguridad jurídica, sólo entendería que se excluyera a los créditos contingentes porque su realidad e importe al momento del acuerdo de refinanciación son excesivamente abstractos”*

- b) Que el acuerdo sea informado por un experto independiente<sup>25</sup> designado por el Registrador Mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, RRM). 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 establecidas 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 el contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores<sup>26</sup>.

Además, en el número 3 de la Disposición Adicional 4ª se establecía que declarado el concurso, sólo la Administración Concursal estaba legitimada para el ejercicio de las acciones rescisorias e impugnatorias contra los Acuerdos de Refinanciación.

Varios fueron los cambios introducidos por este Real Decreto-Ley 3/2009, en lo referente a los procedimientos concursales, sin embargo, gran parte de la doctrina<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Vid. MOYA YOLDI J. (2009), “**Los acuerdos de refinanciación de la nueva disposición adicional cuarta de la Ley Concursal**”, cit., págs. 37 y 38 en las que comenta el experto independiente bajo el Real Decreto-ley 3/2009. De entre todos los requisitos necesarios para que el acuerdo de refinanciación sea típico, la reforma de 2011 de la Ley Concursal ha modificado el relativo al experto independiente; GARCÍA-VILLARRUBIA M./RODRÍGUEZ L.E. (2010), “**Los acuerdos de refinanciación tras la comunicación ex artículo 5.3 Ley Concursal**”, cit., pág. 590, en el mismo sentido.

<sup>26</sup> Vid. MOYA YOLDI J. (2009), “**Los acuerdos de refinanciación de la nueva disposición adicional cuarta de la Ley Concursal**”, cit., pág. 39, en la que comenta este mismo requisito.

<sup>27</sup> Vid. VALPUESTA GASTAMINZA (2011) “**Los acuerdos de refinanciación en el proyecto de reforma de la Ley Concursal**”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 15, pág. 157, en la que critica de insuficiente la reforma efectuada por el RDL 3/2009, diciendo: “*La norma no va más allá de esa irrevocabilidad. Los acuerdos de refinanciación no se integran dentro de un todo armónico de medidas preconcursales, ni se muestran su razonabilidad o su conexión con otras reglas del Derecho concursal. Precisamente este tipo de carencias o problemas es el que parece querer remediar el Proyecto de reforma de la Ley*”; URÍA FERNÁNDEZ F./CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS J. (2013), “**El nuevo régimen de las refinanciaciones y reestructuraciones ante el concurso**”, cit., pág. 131 quien critica la reforma como deficiente diciendo que “*los cambios introducidos no habían atendido a otras cuestiones igualmente trascendentes para la supervivencia del deudor como era el tratamiento al financiador del concursado vigente el concurso (el ya famoso Fresh Money)*”; MOYA YOLDI J. (2009), “**Los acuerdos de refinanciación de la nueva disposición adicional cuarta de la Ley Concursal**”, cit., pág. 32 en el mismo sentido; BELTRÁN E. (2012), “**La reforma de la Ley Concursal**”, cit., pág. 661 en la que critica la reforma del 2009 en los siguientes aspectos: **1.** La reforma no crea un procedimiento alternativo al concurso; **2.** No consigue una efectiva abreviación de los plazos ni tampoco el abaratamiento del proceso concursal; **3.** No profundiza en la par conditio creditorum; **4.** No se preocupa de maximizar el patrimonio del deudor; CERVERA M. (2014), “**El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 30, en la que critica la reforma del año 2009 de laxa, hablando de unos acuerdos de refinanciación

ha calificado de insuficiente esta reforma. La regulación no había sido muy precisa desde el punto de vista técnico-jurídico. Fue un desacierto del legislador, teniendo presente el importante papel que esta regulación estaba llamada a desempeñar en un escenario de crisis económica.

### 1.1.2 Los acuerdos de refinanciación en la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal

La reforma de la Ley Concursal, por medio de la Ley 38/2011<sup>28</sup>, introduce modificaciones en los acuerdos de refinanciación. Dichas modificaciones tratan de dar una respuesta a la coyuntura económica de este momento<sup>29</sup>.

---

*“rústicos”*; MARTÍNEZ ROSADO J. (2013), **“Extensión subjetiva de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 79, en la que critica la falta de seguridad jurídica con la que se habían regulado los acuerdos de refinanciación. Concretamente se refiere a que el aspecto económico de los mismos estaba bien perfilado, sin embargo, al no preverse ningún tipo de medidas judiciales, no tan siquiera, voluntarias, se dotaba de gran incertidumbre a los acuerdos de refinanciación; ENCISO ALONSO-MUÑUMER M. (2013), **“El plan de viabilidad en el ámbito de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 109, en el mismo sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”**, cit., pág. 211, criticando la reforma del año 2009 como insuficiente, dada la gran cantidad de vacíos legales que poseía; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 192 y 193, en las que critica la reforma del año 2009 en los siguientes aspectos: 1. La brevedad de la protección otorgada en el artículo 5.3 de la Ley Concursal; 2. La falta de paralización de las ejecuciones en la fase de negociación/comunicación del Acuerdo; 3. La falta de protección de la ejecución del Acuerdo de Refinanciación.

<sup>28</sup> BOE de 11 de octubre de 2011, número 245, página 106745.

<sup>29</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012) **“Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 16, pág. 69, en la que dispone que la Ley 38/2011 se centra en la regulación y perfección de los Acuerdos de Refinanciación, como forma de solucionar la situación de las empresas, y así poder contribuir a la paliación de la coyuntura social y económica por la que está pasando el Estado Español; OLIVENCIA RUIZ M. (2012), **“Los motivos de la Reforma de la Ley Concursal”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 17, pág. 27, expone: *“A partir del apartado III, el Preámbulo describe las novedades introducidas en la LEC. Comienza por los acuerdos de refinanciación, ausentes de la LC porque, como reconoce el legislador reformista, son alternativas al concurso, institutos preconcursales, piezas extrañas al sistema, pero que tienen una repercusión en éste, como la del blindaje frente a acciones rescisorias en un posible futuro concurso.”*; JACQUET YESTE T. (2013), **“Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 18, págs. 108 a 110, en la que muestra que el centro de la reforma concursal del año 2011 es la regulación de los acuerdos de refinanciación, diciendo que sirven para la minoración de los costes del concurso, abordando el tema de los costes directos e indirectos del concurso, diciendo que *“los primeros incluyen todos los costes relacionados con el propio desarrollo del procedimiento concursal y pueden identificarse principalmente con las costas y gastos judiciales enumerados en el art. 84.2.2º LC [...] Los segundos, en cambio, comprenden una amplia variedad de costes a menudo no tan fáciles de valorar como los costes directos y que en general hacen referencia a las pérdidas de ventas, inversiones y de valor de los activos del patrimonio del concursado por causa del concurso. [...] Uno de los mecanismos que se ha defendido para combatir estos costes y lograr un procedimiento más eficiente es el de*

Tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se regulan los acuerdos de refinanciación en el artículo 71.6 LC dedicado a la acción de reintegración, dentro del Capítulo IV, Título III.

En cuanto al concepto de los acuerdos de refinanciación, se mantiene el establecido por el Real Decreto-Ley 3/2009.

Respecto a los **requisitos que deben darse para que los mismos no sean rescindibles**, sufren una leve alteración, para conceder una mayor seguridad jurídica, estabilidad y garantías. Los requisitos quedan redactados de la siguiente manera<sup>30</sup>:

---

*promocionar la autonomía negocial del deudor y sus acreedores para encontrar una solución a la situación de insolvencia del primero*"; BELTRÁN E. (2012), "**La reforma de la Ley Concursal**", cit., pág. 663, en el mismo sentido; DASSO A. A. (2013), "**Ristrutturazione extragiudiziale**", cit., pág. 242, en este sentido; GARCÍA-CRUCES J.A. (2013), "**Configuración general de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia**", cit., pág. 21, en este sentido, diciendo que, dada la infructuosa legislación sobre los Acuerdos de Refinanciación, en 2011 se produjo una reforma que fomentaría su utilización; VIÑUELAS SANZ M. (2013), "**Privilegio del fresh money en la Ley 38/2011**", en **Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis**, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat, pág. 387, en este sentido, diciendo que la reforma del año 2011 ha fomentado los Acuerdos de Refinanciación como solución a la crisis económica y actual de dicho año; PULGAR EZQUERRA J. (2012), "**Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación**", cit., pág. 195, en este sentido, añadiendo que la reforma del año 2011 tuvo una importantísima influencia de la legislación alemana e italiana; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), "**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**", cit., pág. 87, en la que dice que los Acuerdos de Refinanciación serán el centro de la reforma del año 2011, como respuesta a la coyuntura social; PAVÓN NEIRA C. (2013), "**Institutos concursales y refinanciación de deudas**", cit., pág. 15, en este sentido.

<sup>30</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), "**Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011**", cit., pág. 70, hace una breve mención de los requisitos que ha de cumplir un acuerdo de refinanciación para que sea típico, o sea, conforme a lo dispuesto en la legislación concursal; JACQUET YESTE T. (2013), "**Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio**", cit., pág. 116, en el mismo sentido; URÍA FERNÁNDEZ F./CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS J. (2013), "**El nuevo régimen de las refinanciaciones y reestructuraciones ant el concurso**", cit., pág. 132 en el mismo sentido; HERRERO PEREZAGUA J.F. (2013), "**Las tasa judiciales y la homologación del acuerdo de refinanciación**", en **Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis**, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES, Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat, pág. 468, en este sentido; VIÑUELAS SANZ M. (2013), "**Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación (intereses en juego y opciones de política legislativa)**", **Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal**, núm. 18, págs. 196 a 200, en este mismo sentido; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ A. (2012), "**Reflexiones sobre las soluciones concursales**", cit., pág. 124, en este sentido; PAVÓN NEIRA C (2013), "**Institutos concursales y refinanciación de deudas**", cit., pág. 52, en este sentido; PANIAGUA ZURERA M. (2011), "**los acuerdos de refinanciación en la última reforma de la Ley concursal**", cit., pág. 90, en el mismo sentido; MORALEJO I. (2013), "**Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del Acuerdo y otros efectos**", cit., págs. 265 a 273, en este sentido, aunque estudiados en mayor amplitud; BELTRÁN E. (2012), "**La reforma de la Ley Concursal**", cit., pág. 664, en el mismo sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 11 de diciembre 2012, núm. 727**, en el que se dice que estos son los requisitos para un Acuerdo de Refinanciación protegido según la Ley Concursal; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, de 10 de abril de 2013, núm. 191**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. IX de 18 de julio 2013, num. 209**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sec. I de 23 de enero 2012, núm. 14**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid núm. 3 de 14 de marzo 2013, número de**

1º. “El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.” El legislador se muestra conforme con esta proporción<sup>31</sup> de pasivo concursal para la aceptación del acuerdo de refinanciación. Este requisito viene asociado a una fecha determinada, como es la de adopción del acuerdo de

---

autos 388/2012, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, de 21 de mayo 2012, núm. 244**, en este sentido;

<sup>31</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO (2010), “**Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 24, quien señala que “el legislador se contenta con considerar exclusivamente relevante el porcentaje del pasivo que representan los créditos de quienes suscriben el acuerdo de refinanciación. El límite, incluso podría tratarse de un acuerdo de refinanciación bilateral que se firma entre el deudor y su principal acreedor.” Así, en su página 25, respecto a la fecha de referencia, considera que: “el requisito legal del pasivo mínimo viene referido a una fecha determinada: precisamente, la de adopción del acuerdo de refinanciación. Entiendo por mi parte que en caso de adhesiones sucesivas por los diferentes acreedores será aquella la fecha en que se suscribió el acuerdo por el último de los acreedores firmantes y representativos del importe suficiente del pasivo exigido [...] Tampoco se exige en la Ley que el requisito de mayoría de acreedores se dé y se mantenga desde el primer momento: desde la entrada del deudor en el procedimiento registral. Es perfectamente posible que cuando el deudor solicita del Registrador Mercantil la designación del experto independiente, aun esté pendiente la adhesión de una masa crítica de acreedores suficientes. Por lo demás es entendible que algunos de los acreedores suspendan adoptar una decisión definitiva a las resultas del contenido del informe.”; JACQUET YESTE T. (2013), “**Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio**”, cit., págs. 116 y 117, en las que dispone que el legislador ha incluido este requisito con basándose en que el beneficio de la mayor parte del pasivo concursal supone el beneficio de todo el pasivo concursal. Sin embargo, continúa criticando la escasa practicidad del precepto, ya que, el acuerdo de refinanciación, al ser irrevocable, será removido de cualquier tipo de acción contra él, por lo que los acreedores que lo hayan suscrito, procurarán su beneficio particular, y no el de la masa, con la seguridad de que serán jurídicamente protegidos; VIÑUELAS SANZ M. (2013), “**Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación (intereses en juego y opciones de política legislativa)**”, cit., págs. 196 y 197, en las que dice que el legislador, por medio de la utilización de esta mayoría pretende minorar los riesgos que la propia refinanciación implica. Continúa diciendo que a efectos de totalidad del pasivo concursal, será todo el pasivo sin tener en cuenta si se tratan de créditos vencidos o no vencidos; ; MORALEJO I. (2013), “**Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrevocabilidad del acuerdo y otros efectos**”, cit., pág. 265, en este sentido; CURTO POLO M. M. (2013), “**La posición de los acreedores en el acuerdo de refinanciación extraconcursal**”, cit., pág. 98, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012), “**Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación**”, cit., pág. 298, en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), “**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**”, cit., pág. 101, en este sentido; **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de León de 21 de marzo 2012, núm. 29**, en la que se pronuncia sobre la necesidad de que el Acuerdo de Refinanciación sea ratificado por 3/5 partes del pasivo del deudor para que los negocios de su ejecución sean irrevocables e inimpugnables; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid de 20 de febrero 2013, número de autos 27/2013**, en este sentido, considerando que supone el requisito subjetivo para la tipicidad del Acuerdo de Refinanciación.

refinanciación<sup>32</sup>. Será esta la fecha de referencia para valorar si efectivamente cumple con este requisito, aunque nada impide que, posterior a su adopción, puedan adherirse otros acreedores a dicho acuerdo de refinanciación. Igualmente no hay exigencia legal de que dicho requisito se tenga que dar desde el principio, ya que puede manifestarse tras el informe del experto independiente. No precisa que sean acreedores de alguna condición<sup>33</sup>, si bien no todos los acreedores pueden ser considerados a efectos de constitución de este quórum<sup>34</sup>. Respecto a los Grupos de Sociedades existe una pequeña especialidad. Ésta consiste en que el porcentaje de ratificación tendrá que cumplirse tanto en la

---

<sup>32</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 330 en la que considera que las ratificaciones tienen que estar presentes en la fecha en que finaliza el Acuerdo de Refinanciación. Según la autora, la fecha en que se considera que el Acuerdo está concluido es la fecha en que se procede a la última ratificación; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 272, según el cual la fecha de finalización del Acuerdo de Refinanciación será la de su elevación a instrumento público por el Notario.

<sup>33</sup> Vid. LEÓN F.J. (2014), **“La ineficacia de los acuerdos de refinanciación”**, **Anuario de Derecho Concursal**, núm. 33 versión electrónica de la revista consultada en Enero de 2015, pág. 80, *“En las mayorías que se determinan sobre el total del pasivo, se toma en consideración la totalidad del pasivo del deudor, incluidos los créditos subordinados y los créditos que cuenten con algún tipo de garantía o que tuvieran la condición de privilegio en caso de concurso”*; VIÑUELAS SANZ M. (2013), **“Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación (intereses en juego y opciones de política legislativa)”**, cit., pág. 197, *“En definitiva, cualquier acreedor puede votar a favor de la suscripción del acuerdo independientemente del porcentaje del pasivo que represente, la calificación concursal de su crédito, y aun cuando no fuera refinanciador”*; CURTO POLO M. M. (2013), **“La posición de los acreedores en el acuerdo de refinanciación extraconcursal”**, cit., págs. 100 a 107, en este sentido, precisando que hay algunos tipos de créditos que no pueden ser considerados a tales efectos; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 327, en este sentido; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 266, en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 101; ; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid de 23 de abril 2013, número de autos 651/2012**, *“En tal sentido, respecto de tal documento y puesto que se diferencia entre los conceptos “total deuda” y “total deuda contingente”, debe ponderarse que la norma no hace distinción en función de la clase de los acreedores, por lo que en el cómputo se incluye la totalidad del pasivo y la totalidad de los acreedores adheridos, independientemente del rango que pudiera corresponder a su crédito, una vez declarado en concurso”*; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid de 20 de febrero 2013, número de autos 27/2013**, en el mismo sentido.

<sup>34</sup> Vid. CURTO POLO M. M. (2013), **“La posición de los acreedores en el acuerdo de refinanciación extraconcursal”**, cit., págs. 100 a 107, en las que expone los acreedores que, por determinadas circunstancias puede hacernos dudar sobre su inclusión a efectos de pasivo del Acuerdo de Refinanciación. Especifica lo siguiente: 1. Los créditos subordinados sí serán considerados, pues el Acuerdo de Refinanciación no hace distinción en clases de créditos; 2. Los créditos no vencidos también serán computados, pues su situación puede verse también afectada por el devenir del Acuerdo de Refinanciación; 3. Respecto a los créditos condicionados, sólo serán considerados a estos efectos los que tengan condición resolutive, pues aquellos cuya condición sea suspensiva no serán tenidos en cuenta; 4. Los créditos cuya declaración sea objeto de litigio a la fecha de constitución del Acuerdo, no serán considerados a efectos de ratificación; 5. El pasivo oculto no será computado, mientras que el pasivo ocultado sí es tenido en cuenta, según la propia autora; 6. Todos aquellos acreedores que dejen de serlo tras el Acuerdo de Refinanciación, también serán considerados a efectos de ratificación.

Sociedad concursada, como en el Grupo de Sociedades<sup>35</sup>. En cualquiera de los casos, el porcentaje se refiere al pasivo total, no al número de acreedores<sup>36</sup>.

2º. *“El acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente designado a su prudente arbitrio por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil. 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.”*

3º. *“El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores<sup>37</sup>”*. Puede ser realizado ante cualquier Notario.

---

<sup>35</sup> Vid. CURTO POLO M. M. (2013), **“La posición de los acreedores en el acuerdo de refinanciación extraconcursal”**, cit., págs. 100 y 101, en las que expone que en el Grupo de Sociedades, el control sobre el quórum de ratificación debe ser doble: 1. En primer lugar el Acuerdo de Refinanciación tendrá que ser ratificado por 3/5 del pasivo de la Sociedad deudora; 2. En Segundo lugar, el Acuerdo de Refinanciación tendrá que ser ratificación por al menos 3/5 del pasivo total del Grupo de Sociedades; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 331, en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 101, en este sentido; PAVÓN NEIRA C (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 53, en este sentido; LEÓN F.J. (2014), **“La ineficacia de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 80, en este sentido.

<sup>36</sup> Vid. MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 266, *“Se advierte asimismo que la previsión legal se limita a señalar que el acuerdo de refinanciación debe suscribirse por acreedores que representen al menos tres quintos del pasivo del deudor. No se establece, por tanto, un número mínimo de acreedores que hayan de ratificarlo, con lo que nada obstaría para que, en su caso, pudiese admitirse un acuerdo de refinanciación bilateral suscrito entre el deudor y su principal acreedor”*; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 324 y 328, en este sentido, explicando que la totalidad de los 3/5 del pasivo, puede incluso ser representada por un solo acreedor; PAVÓN NEIRA C (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 53, en este sentido. Sin embargo añade lo siguiente: *“la previsión legal alude a acreedores, en plural, en cuanto a quiénes deben reunir, al menos, los tres quintos del pasivo, por lo que una interpretación literal del precepto permitiría excluir la posibilidad de que un acreedor singular relevante suscribiera tales acuerdos de refinanciación con el deudor al margen del resto de acreedores”*.

<sup>37</sup> Vid. MIELGO ÁLVAREZ M.T. (2012), **“Los acuerdos preconcursales de refinanciación”**, cit., págs. 65 a 67, en las que comenta la función del Notario que eleva a instrumento público el acuerdo de

Éste tiene derecho al cobro de un arancel regulado en la Disposición Adicional 5ª de la Ley Concursal, el cual establece que para el cálculo de honorarios notariales de formalización de acuerdos de refinanciación, se aplicará lo dispuesto conforme a los “documentos sin cuantía”, previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, es decir, 30´050605€, precisando que los folios matriz de la escritura y de las copias, no devengarán cantidad alguna a partir del décimo folio inclusive. Esto supone la posibilidad de acudir a pólizas notariales, que simplifican la elevación de los Acuerdos de Refinanciación a instrumento público<sup>38</sup>. Este requisito sirve<sup>39</sup> para fijar la fecha en la que se considera concluso el

---

refinanciación. Concretamente destaca que el Notario es quien ejerce un control sobre el cumplimiento de los requisitos del acuerdo de refinanciación, como si de un Juez se tratase. Esto se debe a que el Notario tendrá que examinar el acuerdo de refinanciación, y sólo si es conforme a la Ley, podrá elevarlo a instrumento público. Continúa diciendo que además se encarga de esclarecer todas aquellas cuestiones que no queden totalmente claras en el acuerdo de refinanciación, así como cualquier tipo de reserva que se haya reflejado en el informe del experto independiente. Finaliza diciendo que la actividad del Notario ante el acuerdo de refinanciación, se asemeja, en grandes rasgos, a la que realiza en los testamentos, capitulaciones matrimoniales, particiones hereditarias, etc; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 310 y 353, en la que expone que el Notario está encargado de hacer un control formal del Acuerdo de Refinanciación, no un control material; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 101, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Jaén de 7 de febrero 2012 núm. 28**, en este sentido, ratificándose sobre la necesidad de que el Acuerdo se formalice en instrumento público.

<sup>38</sup> Vid. JACQUET YESTE T. (2013), **“Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio”**, cit., pág. 117, *“la exigencia de formalizar en instrumento público el acuerdo puede entenderse como positiva, pes añade costes a la conclusión del acuerdo de refinanciación sin que esos costes conlleven mayores garantías para los acreedores que no participan del acuerdo. Si bien según la doctrina la finalidad es asegurar la transparencia y fehaciencia del acuerdo de refinanciación, la formalización del acuerdo en instrumento público no va acompañada de medidas de publicidad para que llegue a conocimiento del resto de acreedores que aseguren aquella pretendida transparencia.”*; PIÑEL LÓPEZ (2009) **“Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales”**, cit., pág. 42, explica la formalización pública de los acuerdos de refinanciación; VIÑUELAS SANZ M. (2013), **“Inmunidad a la rescisión y predeucción de la nueva financiación (intereses en juego y opciones de política legislativa)”**, págs. 199 y 200, en las que describe que el acuerdo de refinanciación típico tendrá que ser formalizado por medio de instrumento público. Justifica la postura del legislador como una forma de otorgar seguridad jurídica al acuerdo de refinanciación, ya que de esta manera se le da fehaciencia a todo lo expuesto en él y al informe del experto independiente que lo acompaña. Sin embargo concluye diciendo que esta seguridad jurídica no implica una minoración del riesgo que entraña de por sí el propio acuerdo de refinanciación; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 273, en la que expone que el Acuerdo de Refinanciación podrá ser elevado a instrumento público, bien por escritura pública, bien por póliza notarial; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 308, 309, 352 y 353, en las que expone que podrá formalizarse tanto en escritura pública como en pólizas notariales. La autora recomienda expresamente la formalización por medio de pólizas notariales; CERDÁ F. (2014), **“La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes”**, cit., pág. 68, en la que el autor recomienda la formalización del acuerdo de refinanciación mediante escritura notarial.

<sup>39</sup> Vid. MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 272, *“A través del cumplimiento de esta exigencia de forma pública se pretende asegurar, pues, no solo que el contenido de tales acuerdos de refinanciación, sino, también, su fecha de adopción queden fuera de discusión ante el Juez del concurso”*.

Acuerdo de Refinanciación. Sólo serán objeto de formalización el Acuerdo de Refinanciación y el Plan de Viabilidad que lo acompaña<sup>40</sup>. Esta elevación a instrumento público, está exenta del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados<sup>41</sup>.

La doctrina<sup>42</sup>, durante la vigencia de la Disposición Adicional 4ª, ya consideraba la existencia de un cuarto requisito para que pueda constituirse el acuerdo de refinanciación, como es **la preinsolvencia**. El deudor no se halla todavía en una situación de insolvencia definitiva. Sin embargo atraviesa una serie de dificultades que le hacen difícil continuar con su actividad y, por consiguiente, satisfacer las deudas que tiene contraídas. Este requisito plantea las siguientes posibilidades:

---

<sup>40</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 310, *“Respecto del contenido mínimo del instrumento de formalización del acuerdo del art. 71.6.3º LC se deriva que forma parte de éste necesariamente el acuerdo mismo de refinanciación, acompañado del plan de viabilidad y el informe del experto independiente que es lo que constituye realmente el acuerdo de refinanciación típico, ya sea general o particular. No es, sin embargo, necesario que se eleven a instrumento público único los negocios, actos y pagos realizados, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos que se acogerán individualmente a su ley formal y registral correspondiente.”*

<sup>41</sup> Vid. CERDÁ F. (2014), **“La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes”**, cit., pág. 68, en la que explica que la elevación a escritura notarial del Acuerdo, está exenta de este impuesto. Sin embargo, las operaciones que conlleven la ejecución del acuerdo de refinanciación, sí devengan los pertinentes impuestos.

<sup>42</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO (2010), **“Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 28, quien defiende *“una definición flexible o abierta del presupuesto de hecho de la preinsolvencia para permitir la facultativa entrada anticipada en el procedimiento preconcursal de aquellos deudores que aún no se encuentren en estado de insolvencia definitiva”*; así, en sus páginas 32 y 33 enumera las diferentes posibilidades e incompatibilidades entre el estado de insolvencia actual, inminente o previsible y el inicio del instituto preconcursal con la comunicación y posterior inicio del expediente registral de designación de experto independiente que lo valore; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011”**, cit., pág. 70, en este sentido, apuntando que al ser un instituto preconcursal, que trata de evitar que se declare el concurso, perderá su sentido y significado una vez sea declarado el concurso, es decir, esté el deudor en situación de insolvencia, pues se prevé que en estos casos no podrá hacer frente al contenido del acuerdo de refinanciación; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ A. (2012), **“Reflexiones sobre las soluciones preconcursales”**, cit., págs. 123 y 124, en las que dice que será imposible acudir a la constitución de un acuerdo de refinanciación cuando el empresario se encuentra en un estado de insolvencia actual, sin embargo, no la considera un requisito, ya que, *“Lo que sucede es que en este campo de la preconcuralidad, se ha querido dejar un amplio margen a la autonomía de la voluntad y no se ha querido restringir el ámbito de estos acuerdos de refinanciación sólo a las situaciones de preinsolvencia, siendo plenamente posible llegar a este tipo de acuerdos aun sin que existan dificultades financieras de ningún tipo para el empresario”*. Igualmente se posiciona junto con el resto de autores en la idea de que el empresario en situación de insolvencia inminente podrá comunicar la negociación de un acuerdo de refinanciación, siempre y cuando no se haya solicitado previamente la declaración de concurso necesario; MARTÍNEZ ROSADO J. (2013), **“Extensión subjetiva de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 83, quien se adhiere a esta postura de exigir la preinsolvencia para poder realizar un acuerdo de refinanciación, ya que, de lo contrario sólo queda declarar el concurso al ser insalvable la empresa; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sec. I de 23 de enero 2012, núm. 14**, *“Las operaciones de refinanciación protegidas, tal y como han sido reguladas por el citado Real Decreto-Ley están previstas originariamente para que se realicen en una situación de insolvencia inminente, y para evitar que la misma desemboque en insolvencia actual.”*

- El deudor que se hallare en situación de insolvencia previsible pero no inminente tendrá derecho a comunicar las negociaciones de un acuerdo de refinanciación y a iniciar el expediente registral de designación del experto independiente.
- El deudor que estuviere en situación de insolvencia actual sólo podrá instar el concurso voluntario. En este caso, este instituto preconcursal carece de sentido, al procurar evitar la insolvencia del deudor. Igualmente en el caso en que se hubiere emitido una declaración judicial de insolvencia, el Registrador Mercantil tendrá que denegar el inicio del expediente registral de designación de experto independiente.
- El deudor que se encontrare en estado de insolvencia inminente podrá optar por instar esta institución preconcursal, o bien el concurso voluntario. En este caso estará a resultas de que un acreedor haya solicitado la declaración del concurso, si bien, en el caso de no haberse declarado podrá iniciarse el expediente registral de designación de experto independiente.

Otra parte de la doctrina<sup>43</sup> considera que no es necesaria la preinsolvencia. Se debe a que limitar los Acuerdos a este tipo de situaciones, no sólo supondría la reducción de su práctica, sino que sería contrario a su finalidad de evitar el proceso concursal.

---

<sup>43</sup> Vid. GARCÍA-CRUCES J.A. (2013), **“Configuración general de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia”**, cit., pág. 26, exponiendo que realmente existen dos tipos de Acuerdos de Refinanciación: 1. Aquellos que tienen un carácter preventivo respecto del proceso concursal; 2. Los que tienden a evitar el estado de insolvencia por medio de una solución pactada. En caso en que precisaren la situación de preinsolvencia, no sería posible utilizar el Acuerdo de Refinanciación para evitar el proceso concursal, pues la mera noción de evitar el concurso, implica una insolvencia, al menos inminente; ARA TRIADÚ C. (2013), **“El contenido del acuerdo (I). Los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 123, en este sentido; LARGO GIL R. (2013), **“El contenido del acuerdo (II). Los acuerdos de reestructuración empresarial”**, cit., pág. 177, en este sentido, diciendo que no será necesaria la preinsolvencia para la comunicación del artículo 5bis LC; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 283 a 287, en las que explica que el Acuerdo de Refinanciación no precisa la preinsolvencia, sino que podrá gestarse incluso en situación de insolvencia actual. De hecho apunta que el Acuerdo de Refinanciación que no se realice en insolvencia o preinsolvencia, no podrá ser típico, pues exige el desajuste patrimonial del deudor. Sin embargo ello no limita a que el deudor insolvente pueda acudir a este instituto; PULGAR EZQUERRA J. (2014), **“Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”**, cit., pág. 7, en este sentido, diciendo que tras las reformas acaecidas en el año 2014, el legislador parece indicar que el Acuerdo de Refinanciación no precisa de la preinsolvencia para su tipicidad.

No se requiere que el deudor reúna una condición especial. Cualquier deudor<sup>44</sup> puede valerse de los Acuerdos de Refinanciación siempre que no se trate de un ente público o entes territoriales.

En definitiva, el acuerdo de refinanciación se procurará desde el momento en el que un deudor es consciente de que va a tener dificultades para satisfacer a sus acreedores, como se desprende en el artículo 5bis (antiguo artículo 5.3<sup>45</sup>) de la Ley

---

<sup>44</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcurso y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 288, 289, 295 y 296, en este sentido.

<sup>45</sup> Vid. GARCÍA-VILLARRUBIA M./RODRÍGUEZ L.E. (2010), **“Los acuerdos de refinanciación tras la comunicación ex artículo 5.3 Ley Concursal”**, cit., págs. 592 a 595 quien explica que el deudor, puede comunicar, siempre que no se haya instado una solicitud de declaración de concurso, al Juzgado de lo Mercantil que se está tramitando la negociación de un acuerdo de refinanciación. Una vez es comunicado, el Secretario Judicial deja constancia de ello y concede un plazo de 3 meses, desde la comunicación, para concluir el acuerdo de refinanciación. Una vez finalizado este plazo, el deudor tendrá que solicitar la declaración de concurso en el mes siguiente, salvo que hubiere finalizado el estado de insolvencia. Lo que más llama la atención es que este tiempo legal de 6 meses (2 meses para declarar el concurso desde que se dan los presupuestos del artículo 2.4 de la Ley Concursal, más 3 meses de negociación del acuerdo de refinanciación, más otro mes más para solicitar la declaración de concurso), se paraliza la posibilidad de que cualquier acreedor pueda solicitar la declaración de concurso. Es más, una vez la solicita el deudor, será considerado como un concurso voluntario a, todos los efectos legales. Sin embargo, el autor precisa en la página 593 que si el acreedor demuestra que no se ha llegado a negociar el acuerdo de refinanciación, sino que tan sólo se ha solicitado para dilatar el deber de declaración de concurso, éste será considerado como concurso culpable; NIETO DELGADO C. (2011), **“Comunicación previa del art. 5.3 LC, nuevos institutos concursales y reglamento (CE) nº 1346/2000”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 15, pág. 200, en el mismo sentido explicando el sistema de comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal. Continúa la disertación con una crítica a este sistema de comunicación, lo que fomentó la reforma del artículo en el nuevo artículo 5bis de la Ley Concursal; PULGAR EZQUERRA J. (2009), **“Protección de las refinanciaciones frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDI 3/2009”**, cit., págs. 54 a 56 en las que explica el sistema de comunicación de la negociación de los acuerdos de refinanciación, ante el Secretario Judicial del Juzgado de lo Mercantil, hablando de los 6 meses de exención del deber de declaración del concurso del deudor. Igualmente explica que los acreedores no podrán tampoco solicitar la declaración de concurso. Sin embargo, opina que este sistema de comunicación no es idóneo, ya que no impide en absoluto que los acreedores puedan interponer cualquier tipo de ejecución individual contra el deudor, ya que la comunicación sólo impide la declaración del concurso. Por último, finaliza comentando que, al contrario que algunos autores, la utilización del sistema de comunicación, de la negociación del acuerdo de refinanciación, con la finalidad de retrasar la declaración del concurso, no supone un fraude de Ley, sino que es una institución a la que el deudor puede acudir, sin necesidad de que llegue a generarse un acuerdo de refinanciación, o incluso que llegue a negociarse; MARTÍNEZ ROSADO J. (2013), **“Extensión subjetiva de los acuerdos de refinanciación”**, cit., págs. 78 a 80 en las que hace un estudio comparativo entre el sistema de comunicaciones del año 2009 (artículo 5.3 LC), y el reformado en el año 2011 (artículo 5 bis). Puede apreciarse, y de hecho así lo denota el autor, que el sistema reconocido en el artículo 5 bis LC es mucho más completo y específico que la anterior regulación por medio del artículo 5.3; PULGAR EZQUERRA J. (2012); **“Preconcurso y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 373 a 375, en la que hace un brevísimo comentario del artículo 5.3, según la redacción del año 2009. Continúa criticando la redacción del precepto, diciendo que es insuficiente, ya que realmente no suponía un freno para las ejecuciones individuales, incluso, para la protección de la fase de negociación del Acuerdo de Refinanciación.

Concursal<sup>46</sup>. Según este precepto, existe la posibilidad de que el deudor pueda comunicar al Juez competente, el inicio de las negociaciones tendentes a la conclusión y adhesión de un acuerdo de refinanciación, o propuesta anticipada de convenio.

---

<sup>46</sup> Vid. ÁVILA DE LA TORRE A. (2013), **“El deber de instar el concurso y los Acuerdos de refinanciación o reestructuración empresarial”**, en **Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis**, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J. A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat, págs. 48 a 62, en las que expone el sistema de comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal, junto con todos los efectos que de ella se derivan. Comienza diciendo que para poder comunicar el inicio de las negociaciones, será necesario que el deudor se encuentre en situación de insolvencia real o inminente, y también que efectivamente se hayan iniciado las negociaciones. Ha de ser en los 2 meses que la Ley Concursal concede para solicitar el concurso voluntario. Expone que para pedir la comunicación, el deudor sólo tendrá que poner en conocimiento del Juzgado, el inicio de las negociaciones. No tendrá que acreditarse nada más, sin embargo, es recomendable que se acompañe documentación al respecto, pues de lo contrario podría tener consecuencias nefastas en la sección de calificación. Respecto a los requisitos formales de la comunicación, será necesario que el deudor vaya asistido de Letrado y Procurador, y que se presente ante el Juzgado de lo Mercantil del lugar donde radique el domicilio del deudor. Respecto a los efectos de la comunicación, el principal de ellos consiste en la paralización del deber de la declaración del concurso durante un total de 6 meses, así como la imposibilidad de que ningún acreedor pueda solicitar la declaración de concurso durante dicho período; CURTO POLO M. M. (2013), **“La posición de los acreedores en el acuerdo de refinanciación extraconcursal”**, cit., pág. 97, en la que dice que la comunicación no exige prueba alguna; GALLEGU LANAU M. (2013), **“La cesión global de activo y pasivo como medida de autocomposición de una situación de crisis empresarial”**, cit., pág. 402, sobre la posibilidad de comunicar al Juzgado el inicio de las negociaciones; URÍA FERNÁNDEZ F./CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS J. (2013), **“El nuevo régimen de las refinanciaciones y reestructuraciones ant el concurso”**, cit., pág. 132, en el que transcribe completamente el artículo 5 bis de la Ley Concursal; PULGAR EZQUERRA J. (2011), **“La potenciación de los acuerdos de refinanciación en la reforma de la Ley Concursal”**, cit., pág. 35, en el mismo sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., págs. 83 a 86, en las que explica brevemente la comunicación ex art. 5 bis LC, con sus efectos, en este sentido. Añade que en caso de no acreditarse que se hayan llevado a cabo las pertinentes negociaciones, el concurso podrá ser considerado como culpable; PULGAR EZQUERRA J. (2012); **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 377 a 397, en las que explica el régimen de la comunicación ex art. 5 bis LC, en el mismo sentido. Añade que tal comunicación no exige el cumplimiento de ningún requisito, aunque será recomendable acreditar el inicio de las negociaciones de un Acuerdo de Refinanciación, con un porcentaje de pasivo suficiente. El deudor tampoco tiene que reunir ningún requisito subjetivo. En caso de ser una Sociedad, la comunicación será presentada por el Administrador o por el liquidador, siendo recomendable que vaya acompañada por una autorización de la Junta. Precisa que el único requisito a exigir consiste en el período temporal del artículo 5 LC (los dos meses siguientes a cualquiera de los presupuestos de la insolvencia inminente). Por último la naturaleza de esta comunicación se asemeja a una notificación. Finaliza haciendo una exposición de los efectos de la comunicación; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., págs. 74 y 75, explicando brevemente la comunicación ex art. 5 bis LC. Según el autor, sí será necesario acreditar que efectivamente se están llevando a cabo las negociaciones. Se pronuncia diciendo que el deudor no tendrá que esperar a que transcurra el plazo del artículo 5 bis LC, para solicitar la declaración de concurso voluntario; SENÉS C. (2014); **“La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores”**, **Anuario de Derecho Concursal**, núm. 33, versión electrónica de la Revista consultada en Enero de 2015, págs. 93 a 105, en las que explica todo el contenido, régimen, procedimiento y medidas de protección que giran en torno a la comunicación del inicio de las negociaciones para un acuerdo de refinanciación ex artículo 5 bis LC. Precisa, en la página 94 que la comunicación sólo podrá efectuarse una vez al año, lo que no había sido previamente estudiado por la doctrina.

Una vez emitida esta comunicación, el Secretario Judicial dejará constancia de tal comunicación. A partir de este momento comenzará un plazo de tres meses para proceder a concluir el acuerdo de refinanciación.

Transcurridos los tres meses, con independencia de que se haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación válido, el deudor cuenta con un mes añadido, en el que se verá en la obligación de solicitar la declaración de concurso, salvo que acredite la falta de insolvencia, lo que se puede mostrar claramente por medio de la ausencia de concurrencia de ninguno de los presupuestos reconocidos en el artículo 2.4 de la Ley Concursal.

Otros han sido los cambios que ha introducido la Ley 38/2011 en la Ley Concursal, los cuales no serán tratados en el presente trabajo en aras de la mayor brevedad y comprensión<sup>47</sup>.

Sin embargo, la reforma del año 2011 no es perfecta ya que, determinados autores<sup>48</sup> valoran las desventajas de los Acuerdos de Refinanciación, y su falta de viabilidad práctica, además de otros perjuicios que causan.

---

<sup>47</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2011), **“Acuerdos de refinanciación y fresh money”**, pág. 51, en la que enumera cada una de las novedades introducidas por la Ley 38/2011, en comparación con el RDL 3/2009, diciendo que son las siguientes: **1.** *“Se concreta que la extensión de las esperas pactadas en el acuerdo de refinanciación se limita a las restantes entidades financieras no participantes o disidentes, no extendiéndose por tanto a otras clases de acreedores”*; **2.** *“se sustantiva al secretario judicial como competente para examinar la solicitud de homologación presentada por el deudor, así como para dictar decreto admitiéndola y acordar la paralización de las ejecuciones singulares”*; **3.** *“se regula la solicitud por el deudor de la paralización de las ejecuciones singulares en un modo más amplio que en el ALC, distinguiéndose un primer momento de dicha paralización hasta la homologación presentada por el deudor con su solicitud y un segundo momento coetáneo a la homologación del acuerdo por el Juez en el que éste podrá declarar subsistente la referida paralización”*; **4.** *“se regula la necesidad de adoptar la resolución por la que se apruebe la homologación por el trámite de urgencia”*; **5.** *“se regula la posibilidad de que los acreedores afectados por la homologación judicial que no hayan prestado su consentimiento puedan impugnarla”*; **6.** *“se prevé asimismo, la tramitación conjunta por el procedimiento del incidente concursal de todas las impugnaciones presentadas”*; **7.** *“se fija, asimismo, el momento de producción de los efectos del acuerdo de refinanciación”*; **8.** *“finalmente se contempla el mantenimiento por las entidades financieras acreedoras afectadas por la homologación de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas”*; **9.** *“en relación al privilegio de fresh money que se proyecta introducir respecto de la financiación preconcursal por la vía de los acuerdos de refinanciación, se aclara su concepto”*; ENCISO ALONSO-MUÑUMER M. (2013), **“El plan de viabilidad en el ámbito de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 109, enumerando en el mismo sentido las reformas introducidas por la Ley 38/2011; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 253, en las que enumera las reformas acaecidas en el año 2011.

<sup>48</sup> Vid. JACQUET YESTE T. (2013), **“Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio”**, cit., pág. 108, en la que considera que los Acuerdos de Refinanciación implican un riesgo para los acreedores minoritarios que no participan en el mismo, y porque fomenta los Acuerdos de Refinanciación en detrimento de otras soluciones preconcursales como es la propuesta anticipada de Convenio. Igualmente en las páginas 116 a 119, expone que la regulación de cada uno de los requisitos legales para su constitución, son inútiles para procurar

### 1.1.3 La reforma de los Acuerdos de Refinanciación por la Ley 14/2013 de 28 de septiembre.

Recientemente la figura de los Acuerdos de Refinanciación se ha visto modificada por la entrada en vigor de la Ley 14/2013 “de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, de 28 de septiembre de 2013<sup>49</sup>.

El artículo 33 de la Ley 14/2013 ha procurado<sup>50</sup> hacer más flexible la designación de los expertos independientes y a hacer más asequibles los requisitos para la homologación de un Acuerdo de Refinanciación, fomentando a la vez la protección de los Acuerdos.

Así, la reforma ha incluido las siguientes modificaciones en el régimen de los Acuerdos de Refinanciación:

---

una mayor seguridad jurídica, además de una minoración del riesgo que este tipo de operaciones entraña; URÍA FERNÁNDEZ F./CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS J. (2013), “**El nuevo régimen de las refinanciaciones y reestructuraciones ant el concurso**”, cit., pág. 141 en la que critica a la reforma concursal por la Ley 38/2011, de antigua y de poco actualizada, ya que, estos insitutos preconcursales no se han adecuado completamente a las necesidades económicas y financieras de nuestro país, pues han surgido muchos otros tipos de entidades financieras que plantean serias dudas de cara a su inserción en la práctica de los acuerdos de refinanciación; BELTRÁN E. (2012), “**La reforma de la Ley Concursal**”, cit., págs. 664 y 665, en las que critica la reforma del año 2011, en los siguientes aspectos: **1.** El legislador no ha aceptado la tónica general de legislación, habiendo todavía una gran dispersión normativa; **2.** No se ha ralentizado el proceso concursal, pues sólo para una solución extrajudicial se han previsto tres fases diferentes (comunicación, conclusión y homologación); **3.** No se han regulado con la suficiente determinación los Acuerdos de Refinanciación, ya que faltan algunas disposiciones como es un régimen de publicidad; NIETO DELGADO C. (2012), “**Reforma concursal: diez críticas esenciales al Proyecto de Ley**”, en **Materiales de la Reforma Concursal 2009-2011**, AAVV coordinada por BELTRÁN E./CAMPUZANO A.B., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 623 a 627, en la que habla de las críticas de la reforma de la Ley Concursal acaecida en el año 2011, pero las que respectan a los acuerdos de refinanciación son las siguientes: **1.** El privilegio de fresh money está destinado a beneficiar a las entidades financieras y bancarias; **2.** No se ha dado un verdadero control del sistema de comunicaciones en el artículo 5 bis LC; **3.** Los problemas que plantea el procedimiento de homologación, hacen que sea un proceso que no asegura la tutela de los derechos de los acreedores, además de ser realmente difícil poder obtener los requisitos legalmente exigidos; LARGO GIL R. (2013), “**El contenido del acuerdo (II). Los acuerdos de reestructuración empresarial**”, cit., pág. 155, en la que critica la reforma del año 2011 por la imprecisión con la que se regulan los Acuerdos de Refinanciación. De hecho, culpa al legislador por la deficiente práctica de los mismos.

<sup>49</sup> Boletín Oficial del Estado núm. 233, Sección I, págs. 78787 y siguientes.

<sup>50</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), “**Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores**”, cit., pág. 46, “*En este ámbito, en la Ley 14/2013 se mantiene acertadamente la opción de política legislativa, que tuvo su origen en el RDL 3/2009, de protección de los acuerdos preconcursales de refinanciación, a través de la técnica italiana de escudos protectores con máxima potenciación de la autonomía de la voluntad, introduciéndose no obstante mejoras técnicas que en ocasiones inciden en el régimen general de los acuerdos de refinanciación, al margen de su tipología general o particular con homologación, y en otras exclusivamente en el régimen de los acuerdos de refinanciación particulares con homologación judicial*”.

- De un lado, la reforma ha minorado el porcentaje de ratificación del 75% del pasivo financiero del deudor (Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal). El porcentaje de ratificación, en este sentido, queda reducido al 55%<sup>51</sup>.
- De otro lado, se ha regulado el procedimiento de designación del experto independiente por medio de la introducción del artículo 71 bis<sup>52</sup> en la Ley Concursal. Anteriormente la norma se remitía a los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Con la nueva reforma se articula el procedimiento de designación del experto independiente. Realmente no ha supuesto un cambio sustancial<sup>53</sup>, ya que el procedimiento de designación es el mismo, a excepción de la supresión del deber del Registrador de designar al experto en el plazo máximo de 15 días.

---

<sup>51</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), “**Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores**”, cit., págs. 47 y 48 en las que explica que se ha minorado el porcentaje de adhesión para la homologación del Acuerdo de Refinanciación. Dice que esto tiene indicencia directa sobre el juicio de oportunidad, pues con ello la valoración del “sacrificio patrimonial desproporcionado” se calcula conforme a un mayor porcentaje de disidencia; PULGAR EZQUERRA J. (2014), “**Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas**”, cit., pág. 8, en la que dice que en el año 2013 se minoró el porcentaje necesario para la homologación del Acuerdo de Refinanciación; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sec. III de 26 de noviembre 2013, núm. 269**, en la que comenta que la reforma del año 2013 ha flexibilizado los requisitos para la homologación del Acuerdo de Refinanciación, reduciendo el quórum de ratificación al 55% del pasivo financiero del deudor.

<sup>52</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), “**Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores**”, cit., pág. 47, en este sentido, diciendo que el régimen del experto se ha introducido en el artículo 71-bis de la Ley Concursal; PULGAR EZQUERRA J. (2014), “**Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas**”, cit., pág. 8, en este sentido.

<sup>53</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), “**Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores**”, cit., pág. 49, en la que se dice que la reforma del año 2013 ha introducido el régimen del experto independiente del Reglamento del Registro Mercantil, en el artículo 71-bis de la Ley Concursal. Pocos han sido los cambios introducidos en el régimen del experto; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sec. III de 26 de noviembre 2013, núm. 269**, en la que se dice que el único cambio sustancial en la Ley Concursal es la reducción del quórum de ratificación. Afirma que el sistema de designación del experto es el mismo que el ya vigente anteriormente, sólo que ha sido introducido directamente en el artículo 71 bis, no remitiéndose al Reglamento del Registro Mercantil.

### 1.1.4 La reforma legal por el Real Decreto ley 4/2014 de 7 de marzo<sup>54</sup>, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda.

El pasado día 9 de marzo entró en vigor la nueva reforma de la Ley Concursal en lo que refiere a los Acuerdos de Refinanciación.

La reforma va encaminada a modificar el régimen legal de los Acuerdos de Refinanciación<sup>55</sup>. Ha simplificado los requisitos de tipicidad del Acuerdo y protegido su ejecución. Así, el legislador deposita su confianza en las soluciones preconcursales de la crisis de empresa.

Los cambios introducidos responden a algunas de las críticas doctrinales contra el régimen anterior de los Acuerdos.

Las modificaciones efectuadas sobre la regulación legal de los Acuerdos de Refinanciación son las siguientes<sup>56</sup>:

- Los Acuerdos de Refinanciación pasan a estar regulados en el artículo 71 bis de la Ley Concursal, no en el artículo 71.6 de la misma, como anteriormente veíamos.

---

<sup>54</sup> BOE núm. 58 de 8 de marzo de 2014, Sección I págs. 21944 y siguientes

<sup>55</sup> La propia Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 4/2014 dice que las modificaciones efectuadas *“buscan en definitiva la finalidad de mejora de la posición patrimonial del deudor, medida al fin y a la postre en la proporción que representan sus activos sobre sus pasivos exigibles, y dentro de ellos en la parte apta para atender el cumplimiento de sus obligaciones más inmediatas. De este modo se asegura que todas estas acciones no perjudican un eventual cual es lo más deseable, ya sea porque las actuaciones previas al concurso no han perjudicado la situación patrimonial del deudor.”*

<sup>56</sup> Vid. ATIENZA LÓPEZ J.I. (2014) **“Real Decreto-Ley 4/2014 de 7 de marzo: la reforma de la reforma de los acuerdos de refinanciación en el precurso”**, publicado en la dirección web [http://www.elderecho.com/mercantil/Real\\_Decreto-Ley\\_4-2014-acreedores\\_financieros-ley\\_de\\_emprendedores\\_14-2013-acuerdos-refinanciacion-precurso\\_11\\_656305001.html](http://www.elderecho.com/mercantil/Real_Decreto-Ley_4-2014-acreedores_financieros-ley_de_emprendedores_14-2013-acuerdos-refinanciacion-precurso_11_656305001.html) el 17 de marzo 2014, consultado en marzo de 2014. En dicho comentario esquematiza cada una de las reformas acaecidas el pasado día 8 de marzo de 2014, en este sentido; LABATUT SERER G. (2014), **“Modificación de la Ley Concursal mediante el Real Decreto Ley 4/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial”**, publicado en el sitio web <http://gregoriolabatut.blogcanalprofesional.es/modificacion-de-la-ley-concursal-mediante-el-real-decreto-ley-42014-de-medidas-urgentes-en-materia-de-refinanciacion-y-reestructuracion-de-la-deuda-empresarial/> el 10 de marzo 2014, consultado en marzo 2014, en este sentido; BERLANGA B. (2014), **“Principales novedades introducidas por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial”**, publicado en el sitio web <http://adarveabogados.wordpress.com/2014/03/10/principales-novedades-introducidas-por-el-real-decreto-ley-42014-de-7-de-marzo-en-materia-de-refinanciacion-y-reestructuracion-de-deuda-empresarial/> el 10 de marzo 2014, consultado en marzo 2014, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2014), **“Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”**, cit., págs. 9 y 10, en las que expone las principales reformas efectuadas por el Real Decreto-Ley 4/2014 de 7 de marzo, en este sentido.

- Se elimina la necesidad del informe favorable de un experto independiente para la tipicidad del Acuerdo. Es sustituido por la certificación de las mayorías de ratificación necesarias para la tipicidad del Acuerdo, elaborada por un auditor de cuentas. Se mantiene la figura del experto independiente y de su informe, pero como una posibilidad en absoluto obligatoria<sup>57</sup>.
- Se precisa que serán irrevocables todos los negocios jurídicos puestos para la ejecución del Acuerdo de Refinanciación típicos, sea cual fuere su naturaleza jurídica. Para ello tendrán que cumplir con la definición<sup>58</sup> del Acuerdo de Refinanciación.
- La introducción del artículo 71 bis apartado 2 de la Ley Concursal, por el que tampoco se consideran rescindibles los actos anteriores al concurso que, no siendo ratificados por las mayorías requeridas para los Acuerdos de Refinanciación cumplan con ciertas condiciones (que incrementen la proporción de activo sobre el pasivo, que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente, que el valor de las garantías resultantes no exceda de 9/10 ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente, que el tipo de interés aplicable no exceda más de un tercio al aplicable a la deuda previa y que haya sido formalizado en instrumento público). Implica la irrevocabilidad de los negocios jurídicos en un pseudo Acuerdo de Refinanciación. Esta figura se denomina “puerto seguro”<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Vid. CERVERA M. (2014), “**El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 35 en la que explica que tras la reforma, el informe del experto independiente no es obligatorio para la tipicidad del Acuerdo. Sin embargo, el deudor, o cualquiera de los acreedores podrá solicitar que un experto designado por el Registrador Mercantil evalúe el acuerdo de refinanciación; CERDÁ F. (2014), “**La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes**”, cit., pág. 67, en este sentido; LEÓN F.J. (2014), “**La ineficacia de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 84, en este sentido; VALENCIA F. (2014), “**La tipología de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 121, en este sentido.

<sup>58</sup> Como decíamos anteriormente, esta definición, o como la jurisprudencia denomina “contenido mínimo” del Acuerdo de Refinanciación supone el conjunto de negocios por lo que “*se proceda 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 quea la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo*”

<sup>59</sup> Vid. GUERRERO C. (2014), “**El concepto de puerto seguro en la nueva reforma preconcursal**”, en la dirección de internet <http://www.carlosguerrero.es/2014/03/19/el-concepto-de-puerto-seguro-en-la-nueva-reforma-preconcursal/>, consultado en marzo 2014, en la que considera que el legislador utiliza el concepto de “puerto seguro” como una forma de dotar de una mayor seguridad jurídica a los Acuerdos de Refinanciación. De esta forma se hace mucho más accesible el poder constituir acuerdos entre el deudor y sus acreedores, siendo irrevocables. Para ello tendrá que cumplir con una serie de requisitos establecidos en el artículo 71 bis.2 de la Ley Concursal. En conclusión, la expresión “puerto seguro” dada en la Exposición de Motivos del Real

- Se prevé expresamente que los negocios jurídicos de ejecución de los Acuerdos de Refinanciación típicos, aún no siendo rescindibles, sí podrán ser impugnables. Esta reforma del artículo 72.2 de la Ley Concursal, precisa que la rescisoria sólo podrá fundarse en el incumplimiento de los requisitos del artículo 71 bis I de la Ley Concursal. Esta impugnabilidad se ve apoyada en el artículo 71 bis. 3 LC, que prevé que *“los acuerdos regulados en este artículo únicamente serán susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo siguiente”*.
- Una excepción al privilegio de fresh money<sup>60</sup>. La Disposición Adicional II del Real Decreto-ley 4/2014 dispone esta excepción que será de aplicación durante los dos años siguientes a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley. Consiste en la consideración de crédito contra la masa a la totalidad de aportaciones efectuadas en el marco de un Acuerdo de Refinanciación, incluidas las que provengan de personas especialmente relacionadas con el deudor y el propio deudor. Una vez transcurridos los dos años, se volverá al régimen previsto en el artículo 84.11 II LC.
- La reforma del procedimiento de homologación de los Acuerdos de Refinanciación, en la Disposición Adicional IV LC. Por medio de ésta se permite la adhesión al Acuerdo a cualquier tipo de acreedor financiero. Además se ha reducido el porcentaje de adhesión al 51% del pasivo financiero del deudor<sup>61</sup>. También se ha añadido la posibilidad de extender no sólo la espera pactada, sino también quitas y otros pactos, requiriéndose una mayoría más cualificada. Además se ha simplificado levemente el procedimiento, haciéndose más rápido.

---

Decreto-ley 4/2014, se refiere sin lugar a dudas a este tipo de pseudo Acuerdos de Refinanciación, en aras de una mayor protección de las soluciones preconcursales, y de una mayor flexibilidad de las mismas; LEÓN F.J. (2014), **“La ineficacia de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 82, quien califica esta figura como un tipo de acuerdo de refinanciación atenuado, denominado *“Acuerdo de Refinanciación Singular”*; VALENCIA F. (2014), **“La tipología de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 120, en la que explica esta figura, sin embargo los considera como un tipo de acuerdos de refinanciación típicos denominado *“no colectivo”*.

<sup>60</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), **“Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”**, cit., pág. 10, en la que explica este régimen transitorio del fresh money, en el sentido arriba indicado; DÍAZ MORENO A. (2014); **“Los efectos de los acuerdos de refinanciación en un posterior concurso: la clasificación de créditos”**, Anuario de Derecho Concursal, núm. 33, versión electrónica de la Revista, consultada en Enero de 2015, págs. 182 a 191, en las que explica ampliamente el régimen transitorio del privilegio de fresh money para los dos años siguientes a la entrada en vigor de la reforma. Igualmente precisa el régimen aplicable una vez transcurrido dicho plazo.

<sup>61</sup> Vid. CERDÁ F. (2014), **“La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes”**, cit., pág. 60, en la que expresamente dice que la reforma ha reducido en porcentaje de adhesión para la homologación del Acuerdo al 51%.

- Se ha introducido una importante medida de protección en la fase de negociación del Acuerdo de Refinanciación. Ha supuesto la reforma del artículo 5 bis LC. Durante la fase de negociación del Acuerdo de Refinanciación se paralizan las ejecuciones de bienes que sean necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.
- Igualmente, se ha precisado el sistema de publicación de la comunicación recogida en el artículo 5 bis LC. Anteriormente se disponía que el Secretario Judicial dejaría constancia de la comunicación. Tras la reforma, el Secretario Judicial ordenará al Notario o al Registrador Mercantil, la publicación del extracto de la Resolución en el Registro Público Concursal. Si bien, el deudor puede solicitar expresamente que no se llegue a efectuar dicha publicación.
- Se ha precisado en la Disposición Adicional IV LC la posibilidad de declarar el incumplimiento del Acuerdo de Refinanciación homologado<sup>62</sup>. Cualquier acreedor podrá poner en conocimiento del Juzgado que hubiere homologado el Acuerdo, su incumplimiento. Se dará traslado al deudor y a los acreedores personados, por si quisieren alegar o acreditar lo que estimen oportuno. Bajo los cauces del incidente concursal, el Juez declarará incumplido el Acuerdo de Refinanciación. Tras la Resolución judicial, cualquier acreedor podrá promover la ejecución singular de los bienes del deudor, o bien la declaración de concurso.

Otros han sido los cambios que ha introducido la reforma del año 2014, sin embargo no afectan a los Acuerdos de Refinanciación, por lo que no los estudiaremos.

Dado que ha habido una modificación de los requisitos de la tipicidad del Acuerdo, nos vemos en la obligación de volver a mencionar cuales son en el régimen legal actual (reciente artículo 71 bis.1 LC):

---

<sup>62</sup> Vid. MORALEJO I. (2013), “**Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del acuerdo y otros efectos**”, cit., págs. 314 a 317, en las que expone el supuesto de incumplimiento del Acuerdo de Refinanciación homologado. Cualquiera de las entidades financieras acreedoras podrá poner en conocimiento del Juez de lo Mercantil el incumplimiento del Acuerdo de Refinanciación. Ante esto se podrán iniciarse ejecuciones individuales, o bien solicitarse la declaración de concurso. Una vez comunicado al Juzgado, se le dará traslado a las demás partes interesadas para que manifiesten lo que estimen oportuno. El procedimiento se llevará a cabo bajo los cauces del incidente concursal. Precisa que contra la Sentencia que resuelve del incidente concursal no cabrá recurso alguno; ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), “**El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente**”, cit., pág. 236, en este sentido; HERRERO PEREZAGUA J.F. (2013), “**Las tasa judiciales y la homologación del acuerdo de refinanciación**”, cit., pág. 471, en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), “**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**”, cit., pág. 132, en este sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), “**Institutos preconcursales y refinanciación de deudas**”, cit., pág. 69, en este sentido.

- *“El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.”*
- *“Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.”*
- *“El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.”*

Es bien cierto que esta reforma ha flexibilizado la constitución de los Acuerdos Refinanciación. Sin embargo, ha provocado la indefensión de los acreedores disidentes en mayor medida. Esto se debe a la supresión del requisito del informe favorable del experto independiente. Aunque no fuese un control exhaustivo, implicaba un control a priori sobre la viabilidad y proporcionalidad del Acuerdo de Refinanciación.

Se ha dotado de mayores incentivos para la homologación del Acuerdo de Refinanciación, si bien ésta sigue siendo opcional. Parece ser que el legislador procura en todo momento hacer los Acuerdos de Refinanciación más dúctiles. El problema que plantea es que, de un lado no hay ningún tipo de control de la viabilidad y corrección del Acuerdo de Refinanciación, del otro los acreedores disidentes no pueden poner en entredicho la viabilidad del Acuerdo.

Por ello consideramos que esta última reforma, aún cumpliendo con la finalidad buscada por el legislador, no ha hecho más que provocar una mayor indefensión a los acreedores disidentes.

### **1.1.5 La reforma legal por la Ley 17/2014 de 30 de septiembre de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.**

En apenas 5 meses desde la última reforma en materia de acuerdos de refinanciación, surge una nueva modificación del régimen.

Esta recentísima reforma se basa en su mayor parte en la figura del Administrador Concursal<sup>63</sup>. Concretamente esclarece el elenco de poderes y potestades del mismo, así como los requisitos necesarios para ser designado administrador del concurso.

Modifica levemente su sistema de incompatibilidades, suprime la figura de los concursos de especial transcendencia y precisa en mayor medida que el Administrador Concursal será unipersonal.

Sin embargo, esta reforma trata de potenciar las soluciones negociales de la crisis de empresa<sup>64</sup>.

Respecto al régimen de los Acuerdos de Refinanciación, la reforma legal se centra en precisar una serie de cuestiones, como son las siguientes:

- Clarificación del contenido del artículo 5 bis LC en su apartado 4º<sup>65</sup>. Precisa que también serán objeto de paralización las ejecuciones individuales extrajudiciales. Además dice expresamente que las ejecuciones a que se refiere serán tanto de bienes como de derechos.
- Precisión de determinadas cuestiones respecto al procedimiento de homologación del acuerdo de refinanciación ex Disposición Adicional IV LC. Puntualiza lo siguiente:
  - En el apartado número 1 precisa que los acuerdos homologados no serán rescindibles conforme a lo dispuesto en el apartado 13 de la misma Disposición Adicional Cuarta.
  - Los créditos laborales quedan expresamente excluidos del quórum de ratificación a efectos de homologación.
  - En caso de adhesión del 75% del pasivo financiero los acreedores disidentes podrán optar por extender el pacto de conversión de

---

<sup>63</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), "**Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas**", cit., pág. 3 en la que expone que la reforma efectuada por la Ley 17/2014 ha modificado los Acuerdos de Refinanciación, pero se ha centrado principalmente en la figura del Administrador Concursal, tratando de hacerla más efectiva, potente y mucho más objetiva (tanto en su designación como en el ejercicio de sus funciones).

<sup>64</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), "**Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas**", cit., págs. 3 y 4, en las que habla de la necesidad de desjudicializar en mayor medida la gestión del concurso. Por ello se potencian las soluciones negociales de la crisis, ya que en virtud del artículo 1255 Cc las partes pueden acordar una solución que será mucho más adecuada a su respectiva situación.

<sup>65</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), "**Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas**", cit., pág. 11, en este sentido.

deuda en capital, o por una quita equivalente al *“importe del nominal de las acciones o participaciones que les correspondería asumir”*.

- Extiende la legitimación de la solicitud de homologación también al resto de acreedores adheridos<sup>66</sup>.
- Precisa que el Juez tendrá que emitir Sentencia que resuelva de las impugnaciones planteadas en el plazo máximo de 30 días<sup>67</sup>.

También se ha creado una Comisión de Seguimiento de Prácticas de Refinanciación y Reducción del Sobreendeudamiento<sup>68</sup>.

Se encarga de todo tipo de funciones heterogéneas como son<sup>69</sup>:

- Seguimiento de las medidas introducidas por el Real Decreto-ley 11/2014 de 5 de septiembre.
- Examen sobre la situación de endeudamiento del sector privado así como sus implicaciones económicas a escala social.
- Verificación del cumplimiento de los códigos de buenas prácticas para la reestructuración viable de la deuda empresarial.

---

<sup>66</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), **“Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”**, cit., pág. 11, *“la posibilidad de que la homologación judicial del acuerdo sea solicitada no sólo por el deudor, como había venido siendo habitual hasta ahora, sino también por cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación”*. prosigue diciendo que de esta manera se persigue *“potenciar la posibilidad de los acreedores de imponer al deudor determinadas medidas de refinanciación y reestructuración (por ejemplo, capitalizaciones de deuda), sobre la base de una homologación judicial que hasta este momento sólo podía ser solicitada por el deudor, pudiendo por tanto éste, por la vía de la no solicitud de homologación, eludir la imposición de dichos contenidos”*.

<sup>67</sup> Habida cuenta de que se refiere a las impugnaciones planteadas, entendemos que el plazo de 30 días comenzará una vez haya finalizado la posibilidad de formular oposición por parte del deudor y de los acreedores adheridos.

<sup>68</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), **“Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”**, cit., pág. 13, en la que explica que esta Comisión estará conformada por 9 miembros: 2 del Ministerio de Economía y Competitividad, 2 del Ministerio de Justicia, 1 del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 1 del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 1 del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, 1 del Banco de España y 1 Juez nombrado por el Consejo General del Poder Judicial.

<sup>69</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), **“Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”**, cit., pág. 13, en este sentido, explicando de manera más profunda las funciones arriba descritas.

Otras han sido las reformas introducidas por la presente Ley<sup>70</sup>, sin embargo nos hemos circunscrito a aquellas que afectan al régimen de los acuerdos de refinanciación.

Llama la atención el proceso que ha seguido la reforma. Primero se ha creado un Real Decreto-ley (4/2014 de 7 de marzo), y posteriormente se ha matizado a través de la Ley.

Se trata de un procedimiento de reforma más acorde con el Derecho comparado (como por ejemplo ocurre en Italia). A través de este sistema se consigue un proceso de reforma legislativa más abierto al debate y más acorde con la casuística que se desempeña.

Personalmente consideramos que la reforma era innecesaria, así como apresurada<sup>71</sup>.

La continuidad de cambios en la regulación, por leves que parezcan, hace que el instituto pierda seguridad jurídica<sup>72</sup>. Otras han sido las críticas efectuadas por la doctrina<sup>73</sup>, como son la falta de un experto independiente, el no haber introducido un incentivo a la capitalización de deuda y el no precisar la competencia del Juzgado

---

<sup>70</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), "**Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas**", cit., págs. 1 a 39, en las que explica las reformas acaecidas a lo largo de todo el año 2014, precisando cuales han sido expresamente introducidas por la Ley 17/2014 de 30 de septiembre.

<sup>71</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), "**Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas**", cit., pág. 2, "*las reformas recientemente aprobadas se caracterizan por su periodificación o troceamiento en el tiempo, motivado en cierto modo por la urgencia que ha determinado estas reformas, como expresamente se indica en las exposiciones de motivos de los reales decretos aprobados. Esta urgencia a su vez ha sido determinante en gran medida de la técnica legislativa empleada, abordándose vía real decreto-ley, que siendo expedita en su consecución, sin embargo restringe y en ocasiones elimina en un modo cuestionable el proceso de debate que es conveniente rodee en genera todos los procesos de reforma, y en particular en el ámbito concursal*".

<sup>72</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), "**Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas**", cit., pág. 6, en la que expone que el proceso de reforma fraccionado o troceado conlleva la inseguridad jurídica de los institutos preconcursales.

<sup>73</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), "**Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas**", cit., págs. 11 y 12, en este sentido, explicando estas críticas.

### **1.1.6 Los acuerdos de refinanciación en el Proyecto de Ley de 2 de octubre de 2014.**

En los dos días siguientes a la entrada en vigor de la nueva reforma de la Ley Concursal en lo referente a los acuerdos de refinanciación, fue presentado un nuevo Proyecto de Ley “de medidas urgentes en materia concursal (procedente del Real decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre)”<sup>74</sup>.

Este Proyecto de Ley no es más que un acercamiento de la figura del convenio concursal al régimen de los Acuerdos de Refinanciación.

Así, en su Exposición de Motivos, refleja que el principal afán del Proyecto es la homogeneización de las disposiciones referentes a los acuerdos de refinanciación, aplicadas a los convenios concursales<sup>75</sup>. El cálculo de las mayorías de adopción del acuerdo, la valoración de las garantías reales o incluso la posible extensión del convenio concursal a créditos garantizados si concurren unos requisitos. Todo ello en aplicación análoga de la Disposición Adicional IV de nuestra actual Ley Concursal

Igualmente se procura la simplificación y agilización de la fase de liquidación en los procesos concursales, intentando mantener la continuidad empresarial tras la realización del patrimonio del deudor. Así, se facilita la venta de los bienes de la masa activa en conjunto, retenciones judiciales del 10% de las cesiones en pago para el caso de posibles impugnaciones, la subrogación ipso iure de los contratos y licencias, para el adquirente<sup>76</sup>.

Merece mención aparte, la creación de un Portal de acceso telemático en el que vendrá un listado de las empresas que se encuentren en liquidación, así como la información necesaria para la compra-venta del activo concursal. Ha sido introducido en la Disposición Adicional II del Proyecto de Ley núm. 117 de 2 de octubre de 2014.

Poco se ha innovado en lo que refiere a los acuerdos de refinanciación por medio de Proyecto de Ley. Sin embargo, nos vemos en la obligación de enunciar brevemente las proposiciones al respecto que se realizan:

---

<sup>74</sup> Proyecto de Ley núm. 117-1 de la Serie A del Boletín Oficial de las Cortes Generales de 2 de Octubre de 2014, consultado en el sitio web en Enero de 2015, [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-117-1.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-117-1.PDF#page=1).

<sup>75</sup> Vease el tercer apartado de la Exposición de motivos del mencionado Proyecto de Ley de 2 de octubre de medidas urgentes en materia concursal, en el que se intenta aproximar una aplicación análoga de lo dispuesto en el cálculo de las mayorías de adopción del acuerdo de refinanciación homologado, respecto del convenio concursal.

<sup>76</sup> Vease el cuarto apartado de la Exposición de Motivos del citado Proyecto de Ley de medidas urgentes en materia concursal, en el que se enuncian laxamente las medidas tendentes a facilitar y agilizar la fase de liquidación del proceso concursal.

- Según la Disposición Adicional Primera del Proyecto de Ley núm. 117 de 2 de octubre, todas las actuaciones derivadas del artículo 5 bis de la Ley Concursal (comunicación de la fase de negociación del acuerdo de refinanciación), serán consideradas como “medidas de saneamiento”. Con ello, se nos quiere indicar que será de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto-ley 5/2005 de 11 de marzo de medidas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública. Supone la aplicación de las medidas establecidas en el Capítulo II del Título I del Real Decreto-ley 5/2005 de 11 de marzo, para cuando una de las partes afectadas sea una de las reconocidas en el artículo 3 del Real Decreto-ley 5/2005<sup>77</sup>.
- La creación de una Comisión de seguimiento de prácticas de refinanciación y reducción de sobreendeudamiento, según la Disposición Adicional III del Proyecto de Ley 117. Compuesta por 9 miembros<sup>78</sup>, se encarga de realizar un seguimiento de las medidas de refinanciación preconcursal introducidas, de evaluar su aplicación así como el éxito de las mismas y su implicación en el tejido empresarial, verificar el cumplimiento de Código de Buenas Prácticas y proponer reformas legislativas al Gobierno respecto las medidas de refinanciación preconcursal.
- La Disposición Transitoria II del Proyecto de Ley núm. 117 de 2 de octubre de 2014, recoge que los deudores que huberen celebrado acuerdos de refinanciación homologados judicialmente antes de la entrada en vigor del presente Proyecto de Ley, no se verán limitados a una solicitud de homologación al año.

---

<sup>77</sup> Según el artículo 3 del Real Decreto.ley 5/2005 de 11 de marzo, se aplicarán las medidas recogidas en el Capítulo II del Título I de dicho Real Decreto-ley, cuando una de las partes intervinientes sean: Entidades Públicas; El Banco Central Europeo, el Banco de España, cualquiera de los Bancos centrales de los Estados miembros de la Unión Europea, los bancos centrales de terceros Estados, el Banco de Pagos Internacionales, los bancos multilaterales de desarrollo, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Europeo de Inversiones; 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 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.

<sup>78</sup> Según el apartado 2 de la Disposición Adicional III del Proyecto de Ley núm. 117 de 2 de octubre, la Comisión estará conformada por los siguientes miembros: 2 nombrados por el Ministerio de Economía y Competitividad de los cuales uno de ellos asumirá la Presidencia; 2 del Ministerio de Justicia, de los cuales uno de ellos asumirá la Secretaría; 1 nombrado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas; 1 nombrado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social; 1 nombrado por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo; 1 nombrado por el Banco de España; 1 nombrado por el Consejo General del Poder Judicial.

Éstas han sido las reformas que serían introducidas en por medio del Proyecto de Ley núm. 117 de 2 de octubre, para el caso en que fuere aprobado. Respecto a los acuerdos de refinanciación no son muy importantes ni significativas.

Sí resulta interesante este Proyecto de Ley de cara a la potenciación del convenio concursal. Personalmente considero que la mayor de las medidas supondría la creación del Portal Telemático para la facilitación e información de la fase de liquidación de todos los procesos concursales pendientes.

Sin embargo, este Proyecto de Ley no ha entrado en vigor. Ni tan siquiera podemos afirmar que sea el texto definitivo, pues actualmente se encuentra en fase de ampliación de enmiendas del articulado, hasta el 5 de febrero de 2015.

Por ello no sabemos el devenir de este Proyecto de Ley, si bien, a la vista de su actual contenido, no se centrará en el régimen legal de los acuerdos de refinanciación.

### 1.1.7 Tipos de acuerdos de refinanciación

Una vez perfilado el concepto de los acuerdos de refinanciación, hemos de decir que la doctrina<sup>79</sup> diferencia entre dos tipos de acuerdos de refinanciación:

---

<sup>79</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA (2011) **“Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011”**, cit., pág. 71, *“El reconocimiento del privilegio de fresh money no se conecta, en todo caso, en el modelo español como acontece en el modelo francés o italiano al control judicial del acuerdo preconcursal en cuyo marco se acuerda la refinanciación, sino a la tipicidad de al acuerdo general o particular de refinanciación”*. También puede consultarse el Simposio Internacional de Redes empresariales y crisis económica, celebrado en la Universidad de Valencia el 29 de septiembre de 2011, con la Ponencia de la Dra. D<sup>a</sup>. Juana Pulgar, <http://mmedia.uv.es/buildhtml/27295> consultada en abril de 2012; CERVERA MARTÍNEZ (2012), **“Procedimiento de solicitud de homologación judicial de acuerdo preconcursal de refinanciación”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 17, pág. 195, en el mismo sentido; ENCISO ALONSO-MUÑUMER M. (2013), **“El plan de viabilidad en el ámbito de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 110, en la que distingue tre tipos de acuerdos de refinanciación, en función de su mayor o menor grado de judicialización, es decir, en función de que se vean más o menos afectados por la actividad del Juez; PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”**, cit., págs. 212 y 213, en este sentido; GARCÍA-CRUCES J. A. (2013), **“Configuración de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia”**, cit., págs. 35 y 36, en este sentido; DASSO A. A. (2013), **“Ristrutturazione extragiudiziale”**, cit., pág. 242, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2014), **“Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores”**, cit., pág. 45, en este sentido; LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación del acuerdo de refinanciación”**, en Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat, págs. 295 y 296, en las que distingue los Acuedos de Refinanciación típicos de los atípicos, definiendo cada uno de los dos; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 191, 196 a 198, y 256 a 260, en las que expone la tipología de los Acuerdor de Refinanciación, así como su terminología y las diferencias entre unos y otros, en este sentido; VALENCIA F. (2014), **“La**

- **Acuerdos atípicos:** Son aquellos que se realizan de forma extralegal, que no ilegal. Es decir, aquellos que se suscriben sin cumplir con lo dispuesto en la legislación concursal. Carecen de todo tipo de medidas de protección, pues no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 71 bis.1 de la Ley Concursal. Los pseudo Acuerdos de Refinanciación introducidos en el artículo 71 bis.2 de la Ley Concursal son la excepción, ya que son irrevocables (siempre y cuando cumplan las condiciones establecidas en dicho precepto).
- **Acuerdos típicos:** Son aquellos que cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 71 bis.1 de la Ley Concursal, gozando de ciertos privilegios, y medidas de protección<sup>80</sup>.

Dentro de los acuerdos de refinanciación típicos, se pueden diferenciar dos subgrupos en atención al diferente grado de judicialización de los mismos<sup>81</sup>. De

---

**tipología de los acuerdos de refinanciación**", cit., págs. 118 a 124, en este sentido. Las únicas diferencias con el resto de la doctrina es que separa los típicos de los homologados al considerar que se trata de dos tipos diferentes y no como un subtipo dentro de los acuerdos de refinanciación típicos, y considera la figura del artículo 71 bis.2 LC como un tipo de acuerdo de refinanciación denominado "no colectivos"; LEÓN F.J. (2014), "**La ineficacia de los acuerdos de refinanciación**", cit., págs. 81 a 87, en la que se deslinda de la doctrina imperante y aporta una nueva tipología de los acuerdos de refinanciación, siendo la siguiente: **1. Acuerdos de Refinanciación Ordinarios**, dentro de los cuales engloba los Acuerdos Singulares (ex artículo 71 bis.2 LC), los Acuerdos Colectivos (ex artículo 71 bis.1 LC) y los Acuerdos Ordinarios homologados (ex Disposición Adicional IV LC sólo que con un quórum de ratificación entre el 51 y el 59%); **2. Los Acuerdos de Refinanciación homologados con Efectos Extendidos** (ex Disposición Adicional IV LC ratificados por un quórum entre el 60 y el 74%); **3. Los Acuerdos de Refinanciación Homologados con Efectos Extendidos Extraordinarios** (ex Disposición Adicional IV LC con un quórum de ratificación de al menos el 75%).

<sup>80</sup> Vid. GARCÍA-CRUCES J. A. (2013), "**Configuración de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia**", cit., pág. 35, en la que añade que el cumplimiento de los requisitos de tipicidad del Acuerdo, conlleva la protección legal del mismo. Sin embargo, añade que el precio pagado por ello es la reducción de la autonomía de la voluntad con la que son realizados los Acuerdos de Refinanciación; HERNÁNDEZ SAINZ E. (2013), "**La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación**", en **Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis**, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat, pág. 351, en este sentido.

<sup>81</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2013), "**La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003**", cit., págs. 212 a 214, en las que explica los tipos de Acuerdos de Refinanciación típicos. Explica que esta clasificación atiende al mayor o menor grado de judicialización del Acuerdo de Refinanciación. Así, cuando no está sometido a la actividad o control por un órgano judicial será típico general. Mientras que si es examinado por un Tribunal, se le denomina Acuerdo típico particular. La autora se posiciona en este sentido a lo largo de toda la explicación de las diferencias entre ambos tipos de Acuerdos de Refinanciación típicos; GARCÍA-CRUCES J. A. (2013), "**Configuración de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia**", cit., pág. 36, en este sentido; MORALEJO I. (2013), "**Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrevocabilidad del Acuerdo y otros efectos**", cit., pág. 261, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012), "**Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación**", cit., págs. 196 a 198, para una diferenciación entre los Acuerdos de Refinanciación Típicos particulares y generales. Y pág. 305, en la que expone que los Acuerdos de Refinanciación ex art. 71 bis.1 LC

manera que a mayor grado de judicialización, el acuerdo de refinanciación se considera dotado de mayores medidas de protección (escudos protectores<sup>82</sup>). Así pues existen dos subtipos de acuerdos de refinanciación típicos:

- **Acuerdos generales:** Son aquellos que sólo poseen los privilegios atribuidos a cualquier acuerdo de refinanciación típico, de ahí su terminología y denominación. Su grado de protección es “general” o común para todos los acuerdos típicos. Para ello, tan sólo se requiere que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 71 bis.1 de la Ley Concursal.
- **Acuerdos particulares:** Son aquellos que, sometidos a un mayor grado de judicialización, gozan de la máxima protección, en lo que a acuerdos de refinanciación se refiere. Una vez han sido concluidos, se procede a su homologación, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal. Para esta homologación se exigen los siguientes requisitos<sup>83</sup>:
  - Todos los requisitos exigidos en el artículo 71 bis.1 de la Ley Concursal para los acuerdos típicos generales.

---

está desjudicializados, mientras que los Acuerdos típicos particulares (ex Disposición Adicional IV LC) está en una judicialización intermedia.

<sup>82</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2011), “**La potenciación de los acuerdos de refinanciación en la reforma de la Ley Concursal**”, *Escritura Pública*, núm. 71, págs. 34 y 35, en las que utiliza esta terminología; MORALEJO I. (2013), “**Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del Acuerdo y otros efectos**”, cit., pág. 261, en este sentido; PULGAR EZQUERRA, en el “Simposio Internacional: Redes Empresariales y crisis económica”, cit., en este sentido.

<sup>83</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2013), “**La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003**”, cit., pág. 213, en la que hace un listado de los requisitos que tienen que cumplir los Acuerdos de Refinanciación típicos particulares; ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), “**El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente**”, cit., pág. 234, en este sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), “**Institutos preconcursales y refinanciación de deudas**”, cit., pág. 59, en este sentido; GARCÍA-CRUCES J. A. (2013), “**Configuración de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia**”, cit., pág. 36, en este sentido; LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), “**El procedimiento de homologación del acuerdo de refinanciación**”, cit., pág. 296, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 22 de febrero 2013, núm. 53**, en el que se enumeran los requisitos para la homologación del Acuerdo de Refinanciación, siguiendo la Disposición Adicional IV de la Ley Concursal; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 10 de abril 2013, núm. 191**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 5 de junio 2012, núm. 153**, en este sentido; **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de León de 21 de marzo 2012, núm. 29**, en este sentido; **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. I de 14 de mayo 2012, núm. 127**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid de 23 de abril 2013, número de autos 651/2012**, en el mismo sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife de 18 de enero 2013, número de autos 44/2013**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil, núm. 4 de Jaén de 7 de febrero 2012, núm. 28**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 21 de mayo 2012, núm. 244**.

- La adhesión de, al menos, el 51 % del pasivo financiero del deudor, en el momento de adopción del Acuerdo de Refinanciación. El legislador con ello no se refiere sólo a los créditos titularidad de entidades financieras<sup>84</sup> (como se venía creyendo antes del año 2014). También a cualquier deuda de carácter financiero, aunque provenga de entidades o personas no sometidos a supervisión<sup>85</sup>. El

<sup>84</sup> El legislador se refiere a **entidades financieras** de forma genérica. Esto constituye un Concepto Jurídico Indeterminado que merece ser precisado. A efectos de homologación del acuerdo de refinanciación, serán entidades financieras de crédito las siguientes: **1. Las entidades de crédito o entidades financieras de carácter bancario**, que son todas aquellas que, integradas en el sistema bancario tradicional, están sometidas a la supervisión prudencial que ejerce el Banco de España. Reguladas en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986 de 28 de junio, bajo la definición clásica, será todas las empresas que tengan como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza. Dentro de éstas, se consideran entidades de crédito de tipo bancario las Cajas de Ahorros, el Instituto de Crédito Oficial (ICO), los bancos, la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA), las cooperativas de crédito y los establecimientos financieros de crédito; **2. Las entidades financieras no bancarias o shadow banking system** como el sistema de intermediación crediticia conformado por entidades y actividades que están fuera del sistema bancario tradicional. Son aquellas que a entidades que no pueden conceptuarse como entidades de crédito según la definición anterior y que se dedican a la aceptación de fondos de características similares a los depósitos; transformación de vencimientos de liquidez; transferencia del riesgo de crédito y utilización de apalancamiento financiero directo e indirecto, etc. Dentro de éstas también se encuentran los denominados “*hedge funds*” o instituciones de inversión colectiva, entidades aseguradoras y reaseguradoras, así como las sociedades de gestión de fondos y planes de pensiones, las cuales también están sometidas a la continua supervisión financiera, al estar inscritas en el Registro del Banco de España de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Aún no teniendo tampoco carácter bancario, los grupos consolidables de entidades de crédito,, empresas de servicios de inversión, sociedades de inversión de capital variable, sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y las sociedades gestoras de fondos de pensiones, también son entidades financieras, ya que están sometidas de igual manera a la supervisión del Banco de España. Información obtenida de la lectura de las siguientes obras, y a cuyo contenido me remito para una lectura más especializada: PALÁ LAGUNA R. (2013), “**Concepto de entidad financiera, homologación de acuerdos de refinanciación y derecho de voto del convenio concursal**”, cit., págs. 169 a 177; IZQUIERDO CARRASCO M. (2012), “**La supervisión pública sobre las entidades bancarias**”, **La regulación económica. En especial, la regulación bancaria**, AAVV dirigida por REBOLLO PUIG, Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo de la universidad de Córdoba, Iustel, Madrid, págs.. 168 a 222; página oficial del Financial Stability Board (sucesor del Financial Stability Forum), en [www.fsforum.org](http://www.fsforum.org); MARTÍNEZ ROSADO J. (2013), “**Extensión subjetiva de los acuerdos de refinanciación**”, cit., págs. 87 a 90; PULGAR EZQUERRA J. (2014), “**Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores**”, cit., págs. 50 y 51. En estas páginas precisa que tras la reforma por la Ley 26/2013, se ha ampliado el concepto de entidades financieras a efectos de homologación del Acuerdo. Igualmente precisa tipos de entidades que no son financieras a efectos de homologación; PULGAR EZQUERRA J. (2012), “**Preconcurabilidad y Acuerdos de Refinanciación**”, cit., págs. 303 a 305, en este sentido, donde hace exclusiones de las que tienen o no consideración de entidades financieras; PAVÓN NEIRA C. (2013), “**Institutos preconcursales y refinanciación de deudas**”, cit., págs. 57 y 58, haciendo una enumeración de éstas.

<sup>85</sup> Vid. CERDÁ F. (2014), “**La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes**”, cit., pág. 62, “*Ahora bien,*

apartado 1 de la Disposición Adicional IV LC<sup>86</sup> se encarga de precisar las reglas del cómputo de este quorum. Este requisito no obsta para que pueda ser aceptado el acuerdo de refinanciación<sup>87</sup>, a su vez por acreedores de cualquier tipo, siempre y cuando, haya sido aceptado por el 51% de las entidades financieras acreedoras. Antes de la reforma del año 2014, este quórum de ratificación se consideraba de manera cumulativa<sup>88</sup> con el exigido en el artículo 71

---

*la propia disposición adicional 4ª.1.III de la Ley Concursal establece una indiferencia subjetiva, al aclarar que la condición de acreedor financiero no se restringe a las entidades de crédito (las sometidas a supervisión financiera). La intención es obvia: incluir también a los fondos y, en general, a cualquier persona o empresa que, aun no siendo entidad de crédito, sea acreedor en virtud de cualquier contrato de financiación.*

<sup>86</sup> Tras la reforma de la Ley Concursal en el año 2014, se introdujeron una serie de reglas para el cálculo de las mayorías a efectos de homologación del Acuerdo de Refinanciación. Así pues: respecto a los **préstamos sindicados**, en el caso en que el 75% de los acreedores que conforme el préstamo sindicado vote positivamente sobre la adhesión al Acuerdo de Refinanciación, se entenderá que todo el préstamo sindicado (y el porcentaje de pasivo que implica), se habrá adherido al acuerdo de refinanciación a efectos de cómputo de las mayorías. Quedan **expresamente excluidos del quórum de ratificación**, los créditos laborales, los créditos de acreedores derivados de operaciones comerciales, los créditos de derecho público y los que provengan de personas especialmente relacionadas con el deudor concursal reconocidas en el artículo 93.2 de la Ley Concursal. Para un mayor estudio de este tipo de reglas, recomendamos la lectura de las siguientes obras, por las cuales hemos podido interpretar el dicho precepto. CERVERA M. (2014), **“El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 32; CERDÁ F. (2014), **“La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes”**, cit., págs. 62 y 63; LEÓN F.J. (2014), **“La ineficacia de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 85;

<sup>87</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcurso y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 302, en este sentido; CERDÁ F. (2014), **“La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes”**, cit., pág. 62, en este sentido.

<sup>88</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), **“Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores”**, cit., pág. 48, en la que precisa que tras la reforma de la Ley Concursal del año 2013, se ha solventado esta cuestión. Así, actualmente se exige que el Acuerdo haya sido ratificado por 3/5 del pasivo concursal, además del 51% del pasivo financiero de manera cumulativa. Se basa en que resulta un contrasentido exigir una mayoría inferior para el Acuerdo típico particular, que para el general; CURTO POLO M. M. (2013), **“La posición de los acreedores en el acuerdo de refinanciación extraconcursal”**, cit., págs. 98 y 99, en este sentido. Considera que el Acuerdo que va a ser homologado tiene que cumplir con ambos quórum de ratificación, de manera cumulativa. Añade que se exige esta doble mayoría, habida cuenta de que a través de la homologación del Acuerdo de Refinanciación, éste se hace extensible a terceras personas, aunque se hubieren mostrado disidentes; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., págs. 117 y 118, en este sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 63, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid de 20 de febrero 2013, número de autos 27/2013**, *“Además del requisito propio de legitimación para instar la homologación que corresponde al deudor en exclusiva, cuando aludimos a los requisitos subjetivos nos referiremos a dos presupuestos; una general del art 71.6 consistente en que el acuerdo haya sido apoyado por 3/5 partes del pasivo del deudor y un segundo exigible sólo para obtener la homologación consistente en que el acuerdo haya sido suscritos por acreedores que representen al menos el 75% del pasivo titularidad de entidades financieras en el momento de la adopción del acuerdo, Esta mayoría se superpone a la establecida en el art. 71.6 LC EDL 2003/29207, por lo que ambas*

bis.1 LC. Sin embargo tras la reforma del año 2014, se ha esclarecido esta cuestión, no exigiéndose esta doble mayoría<sup>89</sup>. Hemos de añadir que sólo se exige la ratificación de las entidades financieras porque serán las únicas que se vean afectadas por los efectos de la homologación<sup>90</sup>.

La **principal diferencia de los acuerdos típicos generales y particulares** es el nivel de protección que otorga cada uno de ellos. Distinguimos entre<sup>91</sup>:

- Un nivel de protección genérico, el cual es común para ambos tipos de acuerdos, ya que dentro de éste se incardinan todas las garantías de protección de los acuerdos redactados de conformidad con la Ley Concursal. Gozan de éste los acuerdos que cumplan con los requisitos reconocidos en el artículo 71 bis.1 de la Ley Concursal, es decir, los

---

*deben aplicarse cumulativamente al pasivo del deudor al verificar el cumplimiento del requisito legal.”; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Jaén de 7 de febrero 2012, núm. 28**, en este sentido. En contra de esta postura destacamos: PULGAR EZQUERRA J. (2012), “**Preconcurzalidad y Acuerdos de Refinanciación**”, cit., pág. 325, en la que explica que exigir a los Acuerdos de Refinanciación típicos particulares una doble mayoría resulta contraproducente. Sería muy difícil reunir esta doble mayoría, diciendo la autora que sólo sería exigible la ratificación por el pasivo titularidad de entidades financieras; **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. I de 14 de mayo 2012, núm. 127**, “*En cuanto al requisito del quórum exigido, debemos partir del principio de especialidad de la DA4ª frente a la regulación general de los acuerdos de refinanciación que afectan a todo el pasivo del deudor para entender que es suficiente con el voto favorable del 75% de los acreedores financieros por cuanto son estos los afectados por aquél.*”*

<sup>89</sup> Vid. CERVERA M. (2014), “**El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 33 en la que estudia que antes de la reforma del año 2014, la doctrina creía que era necesario el cumplimiento de la doble mayoría para poder homologar el Acuerdo de Refinanciación. Sin embargo, tras la reforma, la Disposición Adicional IV de la Ley Concursal ha precisado esta cuestión exigiendo como requisitos de la homologación del Acuerdo, el porcentaje de adhesión, y los requisitos establecidos en el artículo 71 bis.1 LC en sus párrafos 2º y 3º; VALENCIA F. (2014), “**La tipología de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 121, en este mismo sentido.

<sup>90</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), “**Preconcurzalidad y Acuerdos de Refinanciación**”, cit., pág. 302, “*Esta categoría opera, no sólo, respecto de los acreedores que han de suscribir el acuerdo a efectos de cómputo de mayorías, sino también, respecto de los acreedores sobre los que recaen los escudos o efectos particulares conectados en esta categoría de acuerdos a la homologación judicial y que no se predicen respecto de acuerdos generales, esto es, extensión de esperas del acuerdo y paralización de ejecuciones (respectivamente DA 4ª. 1, 2, y 3 párrafo 2ª LC), bastando con eludir la calificación como entidad financiera acreedora para no resultar afectado por dichos efectos/escudos*”; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), “**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**”, cit., pág. 121, en este sentido.

<sup>91</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), “**Preconcurzalidad y Acuerdos de Refinanciación**”, cit., pág. 319, “*distinción –correlativa a la tipología de acuerdo de refinanciación que se introduce como novedad- entre escudos comunes a acuerdos de refinanciación generales y particulares y escudos específicos y propios de los acuerdos particulares de refinanciación tipificados en la DA 4ª LC introducida en la LC 22/2003 en virtud de la Ley 38/2011*”.

Acuerdos de Refinanciación típicos. Concretamente, estos privilegios son los siguientes<sup>92</sup>:

- Irrescindibilidad de los acuerdos de refinanciación y de los negocios jurídicos previstos para su ejecución<sup>93</sup>. Será preciso que cumplan los requisitos del artículo 71 bis.1 de la Ley Concursal, aunque no estén homologados. Suponen una excepción al ejercicio de la acción rescisoria. La jurisprudencia<sup>94</sup> considera que

---

<sup>92</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”**, cit., pág. 214, en la que hace un listado de los escudos protectores de los Acuerdos de Refinanciación típicos generales; GARCÍA-CRUCES J. A. (2013), **“Confifuración de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia”**, cit., pág. 36, en este sentido; HERNÁNDEZ SAINZ E. (2013), **“La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 351, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 260, en este sentido.

<sup>93</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA (2011), **“Acuerdos de refinanciación y fresh money”**, cit., pág. 52, donde describe el régimen de irrescindibilidad, diciendo que este privilegio no afecta a todos los acuerdos de refinanciación, sino a los que cumplan con lo dispuesto en el artículo 71.6 LC.; PULGAR EZQUERRA (2011) **“Los acuerdos de refinanciación en el proyecto de reforma de la Ley Concursal”**, cit., pág.157, señala que no todo acuerdo de refinanciación queda inmune a las acciones de rescisión concursal, pues se exige el cumplimiento de cuatro requisitos referentes al contenido; JACQUET YESTE T. (2013), **“Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio”**, cit., págs. 113 y 114, en el mismo sentido, añadiendo que la irrescindibilidad de los acuerdos de refinanciación, así como de los negocios jurídicos que implica, se justifica como una forma de garantizar cierta protección a los acreedores que lo suscriben. Esto se debe a que, tienen la certeza absoluta de que todo aquello que refinancien al deudor no podrá ser rescindido en caso de un futuro y eventual concurso; HERNÁNDEZ SAINZ E. (2013), **“La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 352, en este sentido; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ A. (2012), **“Reflexiones sobre las soluciones preconcursales”**, cit., pág. 123, en el mismo sentido; BONFATTI S. (2010), **“Los paraguas protectores de los acuerdos extrajudiciales para prevenir y superar la crisis de la empresa en las reformas de las leyes concursales española e italiana”**, cit., págs. 399 y 403, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”**, cit., pág. 216, en este sentido; DASSO A. A. (2013), **“Ristrutturazione extragiudiziale”**, cit., pág. 242, en este sentido. Añade que esta medida de protección afecta a todos los acreedores; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 100, en este sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., págs. 15 y 17, en este sentido.

<sup>94</sup> Vid. **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 8 de julio 2012, núm. 156**, *“ventajas compensativas, que pueden consistir en compensaciones indirectas, apreciadas desde una perspectiva a medio o largo plazo en función de la política empresarial del grupo), no puede ser rescindido, pero no porque se trate de una operación justificada por el interés del grupo, sino porque lo impide, para cualquier concurso, el artículo 71.5 de la Ley Concursal”*; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 10 de julio 2012, núm. 188**, en el mismo sentido sobre la irrescindibilidad por medio de las ventajas compensativas; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 5 de noviembre 2012, núm. 255**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sec. I de 23 de enero 2012, núm. 14**, en la que dice que el beneficio de la irrescindibilidad es necesario para la prosperidad del Acuerdo de Refinanciación. En caso de no existir, no sería nunca viable, pues estaría sustraído a los intereses de los acreedores disidentes del mismo, que, rescindiendo los negocios que implica, pueden dejarlo vacío de contenido;

la protección de la acción rescisoria radica en las “ventajas compensativas”. Sin embargo, sí puede ser ésta ejercitada por la Administración Concursal, como la única legitimada para instar la acción rescisoria contra los acuerdos de refinanciación (cuando se acredite el incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para su tipicidad, sin que quepa ninguna actuación de los acreedores al respecto (v. artículo 72.2 de la Ley Concursal<sup>95</sup>). Igualmente se permite el ejercicio de las acciones impugnatorias, siendo independiente que el Acuerdo sea o no típico<sup>96</sup>, según lo previsto en el artículo 71 bis.3 LC.

- Paralización del deber de declarar el concurso<sup>97</sup>. Regulado en el artículo 5 bis LC, implica que la comunicación de las negociaciones de un acuerdo de refinanciación preconcursal impide al resto de acreedores solicitar la declaración de concurso en los 4 meses

---

<sup>95</sup> Esta aparente contradicción entre el régimen de irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación típicos, y la legitimación única de la administración concursal para el ejercicio de la acción rescisoria contra los acuerdos de refinanciación típicos, será tratada en el capítulo 2º de esta obra.

<sup>96</sup> Tras la reforma por el Real Decreto-ley 4/2014, se prevé expresamente que los actos de ejecución del Acuerdo de Refinanciación podrán ser impugnados, estando únicamente legitimada la Administración Concursal. Esto ha supuesto la adecuación de la Ley Concursal a lo que ya venía tratando anteriormente la doctrina. Véase en este sentido ATIENZA LÓPEZ J.I. (2014), **“Real Decreto-Ley 4/2014 de 7 de marzo: la reforma de la reforma de los acuerdos de refinanciación en el precurso”**, cit.

<sup>97</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA (2011), **“Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 14, pág. 28, señala que la negociación y conclusión de un acuerdo preconcursal de refinanciación protege frente a solicitudes de concurso necesario y del incumplimiento del deber de solicitud del concurso voluntario (art. 5 bis LC); PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”**, cit., pág. 215, en este sentido. Añade que la protección del deudor puede ser muy duradera en el tiempo. En primer lugar, el deudor tiene un plazo de 2 meses para declararse en concurso, en caso en que se manifiesten alguno de los presupuestos recogidos a tal efecto. Justo antes de que transcurra este tiempo, puede comunicar al Juzgado que está negociando la conclusión de un Acuerdo de Refinanciación, entrando en juego la exención de declaración de concurso por 3 meses. Es en el mes siguiente a este plazo, cuando surge otra vez la obligación del deudor de declararse en concurso. Por tanto la protección no es de 3 meses, sino que en total dura 6 meses; ÁVILA DE LA TORRE A. (2013), **“El deber de instar el concurso y los acuerdos de refinanciación o reestructuración empresarial”**, cit., págs. 59 a 62, en este sentido; ARA TRIADÚ C. (2013), **“El contenido del acuerdo (I). Los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 122, en este sentido; VALPUESTA GASTAMINZA (2011), **“Los acuerdos de refinanciación en el proyecto de reforma de La Ley Concursal”**, cit., pág. 162, en el mismo sentido; GARCÍA-CRUCES J. A. (2013), **“Configuración de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia”**, cit., pág. 26, en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 83, en este sentido; GARCÍA-CRUCES J.A. (2013), **“Configuración general de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia”**, cit., pág. 68, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012); **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 388, 389 y 397, en este sentido. Añade que el deudor no tiene que esperar a que finalicen los 3 meses de moratoria legal para solicitar el concurso, pudiendo hacerlo en cualquier momento; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., págs. 74 y 75, en este sentido.

siguientes a la comunicación de dicha negociación. El legislador intrduce esta medida en aras de proteger la fase negocial del Acuerdo<sup>98</sup>. Finalizada la paralización, el deudor podrá solicitar la declaración de concurso voluntario<sup>99</sup>, salvo que haya finalizado su situación de insolvencia<sup>100</sup>.

- Paralización de las ejecuciones contra los bienes y derechos del deudor. Regulado en el artículo 5 bis.4<sup>101</sup> LC. Supone la suspensión y paralización de las ejecuciones, iniciadas y futuras, contra los bienes que sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor. La medida comienza desde el momento en que el deudor presenta la comunicación del inicio de las negociaciones de un Acuerdo de Refinanciación típico, y finaliza al transcurrir el plazo establecido en el apartado 5 del artículo, o bien cuando se presenta la demanda de homologación. Esta paralización afecta<sup>102</sup> a todos los acreedores, tanto a los normales, como a los financieros (en este caso se requiere que la

---

<sup>98</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”**, cit., pág. 215, en la que dice que la suspensión del deber de declarar el concurso fue introducida en aras de proteger la fase negocial del Acuerdo. En caso contrario, el deudor se vería en la obligación de declararse en concurso, lo que resulta incompatible con la conclusión de un Acuerdo de Refinanciación, que, como hemos dicho antes, es preconcursal; PULGAR EZQUERRA J. (2012); **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 355 y 356, diciendo que la fase de negociación del Acuerdo es muy vulnerable, por lo que se crea el sistema de la comunicación del artículo 5 bis LC.

<sup>99</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012); **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 397, *“Por su parte, el segundo párrafo del art. 22.1LC establece: a los efectos de este artículo la solicitud del deudor realizada conforme al art. 5 bis se entenderá presentada el día en que se formuló la comunicación prevista en dicho artículo”*; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 86, en este sentido. Añade que en caso en que no quede bien acreditado que se han intentado las oportunas negociaciones con al menos 3/5 del pasivo total del deudor, el concurso podría ser calificado como culpable; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 74, en la que dice que será necesario acreditar que se han iniciado las negociaciones para evitar una calificación de concurso culpable.

<sup>100</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012); **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 391, en la que explica que el deudor, en el mes siguiente a la finalización de los 3 meses concedidos de moratoria, tendrá que solicitar la declaración de concurso voluntario. Sin embargo, si no se encuentra en estado de insolvencia, no será necesario. La autora describe determinados supuestos de remoción del estado de insolvencia.

<sup>101</sup> Vid. SENÉS C. (2014); **“La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores”**, cit., págs. 95 a 97, en las que explica esta medida de protección. Expone que sólo afectará a los bienes y derechos que resulten necesarios para la continuidad empresarial, debiendo, el Juez que esté conociendo de la ejecución, valorar si efectivamente los bienes objeto de acción se ven afectados por esta paralización o no.

<sup>102</sup> Vid. ATIENZA LÓPEZ J.I. (2014), **“Real Decreto-Ley 4/2014 de 7 de marzo: la reforma de la reforma de los acuerdos de refinanciación en el precurso”**, cit., en este sentido, explicando todo el régimen legal de esta paralización; BERLANGA B (2014), **“Principales novedades introducidas por el Real Decreto-ley 4/2014, 7 de marzo, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial”**, en el mismo sentido.

comunicación sea apoyada por al menos el 51% del pasivo financiero<sup>103</sup>). Por último, hemos de añadir que será discreción del Juez el paralizar también las ejecuciones de las garantías reales de los acreedores. Tras la reforma por la Ley 17/2014 se prevé expresamente que se paralizarán tanto las ejecuciones judiciales como las extrajudiciales, sean sobre bienes o derechos del deudor<sup>104</sup>. Al igual que la medida anterior, está diseñada para la protección de la fase de negociación del Acuerdo de Refinanciación.

- Un nivel de protección especializado, el cual sólo puede observarse en los acuerdos de refinanciación típicos particulares. Como dijimos anteriormente en su definición, a mayor grado de judicialización, mayor nivel de protección. Supone la máxima aspiración en lo que a égidias se refiere. Así, además de gozar de los privilegios generales, también tienen a su favor las siguientes medidas de protección<sup>105</sup>:

---

<sup>103</sup> Vid. SENÉS C. (2014); **“La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores”**, cit., pág. 97, *“la prohibición del inicio de las ejecuciones o su continuación comprende a los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, titulares de cualquier endeudamiento financiero sometidos o no a supervisión financiera, con exclusión de los acreedores comerciales y de derecho público, siempre que el inicio de las negociaciones venga apoyado, expresamente, por acreedores que representen, al menos, el 51 % del pasivo financiero del deudor y hayan asumido el compromiso de no iniciar o continuar ejecuciones frente al deudor en el transcurso de la negociación.”*

<sup>104</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (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”**, cit., pág. 11, *“en el ámbito del art. 5 bis LC la prohibición o suspensión de ejecuciones tras la presentación de la comunicación de inicio de negociaciones se extiende a bienes y también a derechos, debiendo señalarse no obstante que lo más importante en este ámbito, que sería la inclusión de la comunicación ex art. 5 bis en el marco del reglamento comunitario, hasta el momento no se ha conseguido”*.

<sup>105</sup> Vid. PANIAGUA ZURERA M. (2011), **“Los acuerdos de refinanciación en la última reforma de la Ley concursal”**, cit., pág. 90, en la que trata los efectos de la homologación de los acuerdos de refinanciación, diciendo que *“La homologación judicial de acuerdos de refinanciación, cuyos pactos de aplazamiento o espera van a ser obligatorios para todas las entidades financieras acreedoras. Para ello se exige el cumplimiento de las citadas condiciones ex art. 71.6 LConc y la firma de, al menos, el 75 por 100 del pasivo titularidad de entidades financieras en el momento del acuerdo. Los aplazamientos se extienden a todas las entidades financieras acreedoras, aunque no participen o se opongan al acuerdo, cuyos créditos no tengan garantía real”*, PULGAR EZQUERRA J. (2011), **“La potenciación de los acuerdos de refinanciación en la reforma de la Ley Concursal”**, cit., pág. 35, en la que estudia los efectos de la homologación de los acuerdos de refinanciación, en el mismo sentido; GARCÍA-CRUCES J. A. (2013), **“Configuración de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia”**, cit., pág. 36, en este sentido; HERNÁNDEZ SAINZ E. (2013), **“La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 352, en este sentido, aunque según la legislación del año 2012; PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”**, cit., pág. 214, en este sentido; LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación del acuerdo de refinanciación”**, cit., pág. 294, en este sentido, aunque según la normativa del año 2012; PULGAR

- Suponen la paralización de todas aquellas ejecuciones que las entidades financieras<sup>106</sup> insten contra el deudor concursal. La doctrina anterior a la última reforma<sup>107</sup> distinguía entre dos tipos de paralizaciones de las ejecuciones singulares: una paralización de tramitación y paralización definitiva<sup>108</sup>. Tras la reforma por el

---

EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 260, en este sentido, aunque adaptado a la reforma legislativa del año 2011.

<sup>106</sup> Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 300, *“solo podrá instarse la paralización de las ejecuciones promovidas por las entidades financieras. Así se deduce de la comparación de estos dos párrafos con lo establecido en el párrafo segundo de su apartado 3, donde se establece que el juez podrá declarar subsistente la paralización de las ejecuciones, pero únicamente, las promovidas por las entidades financieras acreedoras”*; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 481, en este sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos concursales y refinanciación de deudas”**, cit., págs. 60 y 61, en este sentido.

<sup>107</sup> Vid. AZOFRA VEGAS F. (2012), **“La invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación”**, **Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal**, núm. 16, pág. 136, expone que *“una primera, de vocación claramente limitada en el tiempo, que podría alcanzar hasta la homologación pero con el máximo de un mes (y que podríamos denominar paralización de tramitación). Esta primera paralización se decreta por el Secretario Judicial [...] Una segunda paralización, de alcance temporal más dilatado, que iría desde la homologación judicial hasta el fin de la espera pactada en el acuerdo de refinanciación, con el límite máximo de los tres años. Designaremos a esta, para distinguirla de la anterior, como la paralización definitiva. Esta paralización, por el contrario, incumbe al Juez, y su estimación está sujeta, además de a su solicitud por el deudor, a la apreciación valorativa del Juez”*; JACQUET YESTE T. (2013), **“Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio”**, cit., pág. 119, en el mismo sentido, aunque no acuña esta terminología. Continúa diciendo que esta paralización puede resultar excesiva *“esta paralización de las ejecuciones ya iniciadas contra el patrimonio del deudor, que puede afectar incluso a ejecuciones iniciadas por las entidades financieras contrarias al acuerdo, resulta excesiva y contraria a los principios contractuales básicos que deberían aplicarse a los acuerdos extrajudiciales[...]”*; VIÑUELAS SANZ M. (2013), **“Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación en la Ley 38/2011 (Intereses en juego y opciones de política legislativa)”**, cit., pág. 193, en el mismo sentido; MARTÍNEZ ROSADO J. (2013), **“Extensión subjetiva de los acuerdos de refinanciación”**, cit., págs. 95, 96, 99 y 100, en el mismo sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 479, en este sentido; LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 300, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”**, cit., pág. 217, en este sentido; DASSO A. A. (2013), **“Ristrutturazione extragiudiziale”**, cit., págs. 241 y 243, en este sentido. Añade que sólo afectará a los acreedores financieros del deudor, no a todos los acreedores; CASTIELLO D’ANTONIO A. (2013), **“Aspetti problematici degli istituti preconcursuali”**, en **Soluzioni negoziali e istituti preconcursuali nella gestione delle crisi**, AAVV a cura di BONFATTI S./FALCONE G., Edit. Giuffrè, Milano, pág. 318, en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 121, en este sentido.

<sup>108</sup> Vid. **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 5 de junio 2012, núm. 153**, *“En la homologación el juez, previa ponderación de las circunstancias concurrentes, 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.”*; **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona de 7 de agosto 2013, núm. 118**, en la que explica que efectivamente el Juez puede acordar en sede de homologación, la paralización de las ejecuciones. Añade que esta paralización se acuerda con la finalidad de evitar que los acreedores puedan ejecutar los bienes del deudor, poniendo en entredicho la ejecución y viabilidad del Acuerdo de Refinanciación; **Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de**

Real Decreto-ley 4/2014, ya sólo existe la paralización judicial, pues el Secretario deja de ser competente para la paralización de las ejecuciones. Respecto a qué tipo de ejecuciones se refiere, la jurisprudencia<sup>109</sup> se muestra vacilante. La doctrina<sup>110</sup> considera que se refiere a las ejecuciones presentes y futuras. Esta medida de protección durará en tanto se acuerde la homologación del Acuerdo de Refinanciación. Sin embargo la paralización no afectará a los derechos que estos acreedores tengan para con terceros avalistas o fiadores<sup>111</sup>. Parte de la doctrina<sup>112</sup> considera

---

**Logroño de 22 de mayo 2013, número de autos 1254/2012**, en el mismo sentido, precisando que la justificación de la paralización de las ejecuciones radica en la protección del Acuerdo de Refinanciación de la resistencia de las minorías; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 11 de diciembre 2012, núm. 727**, explicando la paralización definitiva de las ejecuciones con el límite temporal de 3 años; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 10 de abril 2013, núm. 191**, en el mismo sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 17 de diciembre 2012, número de autos 720/2012**, en el mismo sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid de 14 de marzo 2013, número de autos 388/2012**, en el mismo sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Jaén de 7 de febrero 2012, núm. 28**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 21 de mayo 2012, núm. 244**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife de 18 de enero 2013, número de autos 44/2013**, en este sentido. Añade además que no pierden la posibilidad de reclamar a los avalistas del deudor. Se debe a que la paralización de las ejecuciones sólo responde ante el patrimonio del deudor, pero no protege al de los avalistas y fiadores del deudor.

<sup>109</sup> Vid. **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 17 de diciembre 2012, número de autos 720/2012**, *“Resulta de ello que de entenderse de modo estricto el vocablo utilizado por la D.A. 4 el Decreto del Secretario del Juzgado Mercantil impedirá el inicio y admisión a trámite de demandas de ejecución singular hasta el dictado del Auto de homologación y en todo caso por el plazo máximo de un mes, pero en modo alguno producirá la suspensión de las ejecuciones singulares en tramitación; y en igual sentido el Auto de homologación podrá ordenar la continuación de la paralización de las ejecuciones “...promovidas por las entidades financieras...” durante el plazo máximo de tres años, pero ningún efecto señala respecto a las ejecuciones ya iniciadas por dichos acreedores.”*. Para ello se basa en una interpretación literal de la norma diciendo que la Disposición Adicional IV de la Ley Concursal, no utiliza el término “suspensión” de las ejecuciones, por lo que se referirá sólo a las futuras. Igualmente argumenta que esta interpretación es más rigurosa con el artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; En contra, el **Auto del Juzgado de lo Mecantil núm. 9 de Madrid de 20 de febrero de 2013, número de autos 27/2013**, considera que la paralización de las ejecuciones afecta tanto a las iniciadas como a las futuras, cuando dice: *“Del mismo modo procede mantener la suspensión de las ejecuciones iniciadas por los citados acreedores financieros o de las que puedan iniciar en un futuro, lo que en el caso de las ejecuciones iniciadas resulta una consecuencia de la inexigibilidad del crédito.”*. Esta parece una interpretación mucho más lógica con la filosofía protectora que el legislador adopta respecto a los Acuerdos de Refinanciación; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 11 de diciembre 2012, núm. 727**, en el mismo sentido, considerando que se refiere a todas las ejecuciones, presentes y futuras, hasta los tres años posteriores.

<sup>110</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 480, *“De nuevo, como acontecía en relación con el primer período de paralización, éste afectará tanto a las ejecuciones en curso en el momento en que el juez la concede, como a las que en su caso fueran a iniciarse en tanto subsista este segundo período de paralización”*; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 61, en este sentido.

<sup>111</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 505 y 506, en las que se pronuncia en este sentido. Concretamente dice que el artículo 1851 Cc (*“la*

que la paralización también afectará a los créditos dotados de garantía real, aunque algún autor<sup>113</sup> se posiciona en contrario.

- Extensión de los denominados contenidos menos gravosos<sup>114</sup> a los acreedores disidentes. Para ello se exige una ratificación de, al menos el 60% del pasivo financiero del deudor. Estos pactos son los siguientes<sup>115</sup>:

---

*prórroga concedida al deudor por el acreedor si el consentimiento del fiador extingue la fianza*”), no será de aplicación para los acreedores disidentes del Acuerdo de Refinanciación homologado. Esto se debe a que la extensión de la espera no es concedida por los acreedores disidentes, sino que les es impuesta. Por esto no pierden sus derechos frente a los fiadores, avalistas u obligados solidarios del deudor. Sin embargo, a los acreedores que hayan ratificado el Acuerdo, sí se les aplicará lo dispuesto en el artículo 1851 Cc; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 131, en este sentido, aunque más escueto; LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 294, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”**, cit., pág. 218, en este sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 59, en este sentido; CERVERA M. (2014), **“El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 38, en este sentido; CERDÁ F. (2014), **“La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes”**, cit., pág. 75, en la que explica que la homologación del Acuerdo no impide el ejercicio de derechos frente a fiadores y avalistas por parte de los acreedores disidentes. Respecto a los acreedores que han ratificado el Acuerdo, tendrán que atenerse a lo pactado en el mismo.

<sup>112</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 486 a 489, en las que explica que la paralización de las garantías reales es considerada como la excepción a la regla general. Esta tesis la argumenta en base a lo siguiente: 1. La ventajosa situación de las entidades financieras interesadas en el Acuerdo de Refinanciación; 2. La no expresa exclusión de la extensión, a diferencia de la extensión de la espera pactada; 3. No puede tratarse de un efecto automático, dado que debe quedar sometido a la discrecionalidad judicial; 4. Si se permitiese la extensión, se evitaría el ejercicio antisocial de un derecho real; 5. No provocaría indefensión, pues los acreedores disidentes tendrán oportunidad de impugnar la medida por medio de la impugnación a la homologación; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 61, en este sentido.

<sup>113</sup> Vid. AZOFRA VEGAS F. (2012), **“La invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 124, en la que explica que el acreedor que no se ve afectado por la extensión de la espera, tampoco debe soportar la paralización de las ejecuciones. Esto se debe a que resulta inútil paralizar las ejecuciones cuando expresamente se les excluye de la extensión de la espera.

<sup>114</sup> Vid. CERDÁ F. (2014), **“La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes”**, cit., págs. 71 a 74 en la que al hablar de la extensión de este tipo de pactos, los califica como *“contenidos menos gravosos”*.

<sup>115</sup> Vid. CERDÁ F. (2014), **“La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes”**, cit., págs. 71 y 72, en las que explica la extensión de este tipo de pactos de manera más amplia; LEÓN F.J. (2014), **“La ineficacia de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 86, en este sentido; VALENCIA F. (2014), **“La tipología de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 122, en este sentido.

- Extensión automática<sup>116</sup> e ineludible del contenido de las esperas<sup>117</sup> recogidas en el acuerdo de refinanciación a las

<sup>116</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2011) **“Preconcurzalidad y acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 32, quien indica que *“El tenor literal de la DA 4ª LC proyectada es claro, refiriéndose exclusivamente a la extensión del contenido de la espera del acuerdo de refinanciación; por tanto, no se impone cualquiera de los contenidos de los pactos financieros, no se imponen las quitas y en este ámbito tampoco las eventuales reducciones de intereses asimilables a las quitas ni la eventual refinanciación adicional que pudiera preverse [...] en el sentido de espera acordada por los intervinientes en el acuerdo con las mayorías legalmente exigidas[...] La DA 4ª proyectada es clara al limitar expresamente la extensión del contenido de espera del acuerdo de refinanciación exclusivamente a los acuerdos de refinanciación particulares[...] No obstante, del ámbito de aplicación de este escudo se excluye expresamente en la proyectada DA 4ª al acreedor hipotecario”*; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcurzalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 477, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”**, cit., pág. 216, en este sentido; JACQUET YESTE T. (2013), **“Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio”**, cit., pág. 119 en la que describe que la homologación del acuerdo de refinanciación trae consigo la extensión de la espera pactada a todos los acreedores financieros, con independencia de que hayan suscrito el acuerdo o no, a excepción de los acreedores financieros disidentes cuyos créditos estén dotados con garantía real. Añade que esta extensión es una excepción al principio de relatividad de los contratos, por el cual serán vinculantes entre las partes que lo suscriben, mientras que el acuerdo homologado vincula a los acreedores que expresamente se han mostrado disconformes; PALÁ LAGUNA R. (2013), **“Concepto de entidad financiera, homologación de acuerdos de refinanciación y derecho de voto del convenio concursal”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 18, pág. 167 y 168 en este mismo sentido; AZOFRA VEGAS (2012), **“La invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 130, en este sentido; URÍA FERNÁNDEZ F./CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS J. (2013), **“El nuevo régimen de las refinanciaciones y reestructuraciones ant el concurso”**, cit., pág. 133, quien explica esta extensión de la espera pactada, sin embargo añade, respecto a la excepción de los créditos con garantía real, que *“todas las entidades de crédito acreedoras gocen de este tipo de garantías con lo que eluden, de forma prácticamente universal, la eficacia vinculante del acuerdo de refinanciación homologado para las entidades de crédito acreedoras disidentes o no participantes. Se trata, sin duda, de un aspecto de la reforma que debería ser objeto de revisión con la mayor celeridad pues, en otro caso, corre el serio riesgo de quedar privada casi totalmente de su efectividad, como de facto viene observándose en la práctica”*; VIÑUELAS SANZ M. (2013), **“Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación (intereses en juego y opciones de política legislativa)”**, cit., pág. 192, en el mismo sentido; LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 299, sobre la extensión de la espera pactada, de forma genérica; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursoales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 60, en la que dice que la paralización de las ejecuciones es facultativa, a diferencia de la extensión de la espera pactada, que opera de forma automática; CASTIELLO D’ANTONIO A. (2013), **“Aspetti problematici degli istituti preconcursoali”**, cit., pág. 318, en este sentido; MARTÍNEZ ROSADO J. (2013), **“Extensión subjetiva de los acuerdos de refinanciación”**, cit., págs. 85 y 91 a 93, en este mismo sentido, explicando este escudo protector; PULGAR EZQUERRA J. (2014), **“Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores”**, cit., pág. 48, en este sentido. Añade que esta extensión quiebra, deliberadamente, el principio de relatividad de los contratos; **Auto del Juzgado de lo Mercantil, núm. 2 de Sevilla de 11 de diciembre 2012, núm. 727**, en el que se explica este escudo protector de forma laxa; **sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona de 7 de agosto 2013, núm. 118**, en la que se explica lo que supone la extensión de la espera pactada; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 5 de junio 2012, núm. 153**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid de 20 de febrero 2013, número de autos 27/2013**, en el mismo sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Jaén de 7 de febrero 2012, núm. 28**, en el mismo sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid**

entidades financieras acreedoras concursales disidentes o que no sean partes del acuerdo de refinanciación, a excepción de los créditos con garantía real<sup>118</sup>, salvo

---

**de 17 de diciembre 2012, número de autos 720/2012**, en el mismo sentido, añadiendo que si en el Acuerdo de Refinanciación no se previese espera alguna, no se extenderá ninguna a los acreedores disidentes; **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. I de 14 de mayo de 2012, núm. 127**, en el mismo sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 10 de abril 2013, núm. 191**, en este sentido, y explicando esta extensión. Añade que la justificación de que se extienda la espera pactada radica en la necesidad de protección de la ejecución del Acuerdo de Refinanciación homologado.

<sup>117</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 471 y 474, en la que define la espera a efectos de la homologación *“en el sentido de modificación de obligaciones mediante la prórroga del plazo de su vencimiento, y no tanto en conexión con el plazo de quietud que se dan recíprocamente los intervinientes en el acuerdo (stand still convencionalmente pactado contador a cero) y a partir del cual computará la prórroga acordada en el vencimiento de las obligaciones”* [...] *“Entendemos que nos encontramos ante una novación modificativa de la obligación ex art. 1156 CC, en conexión con los arts. 1203 y ss del mismo texto legal, constituyendo, como se ha adelantado, la referida extensión legal de las esperas a entidades financieras acreedoras no intervinientes o disidentes, una excepción al carácter necesariamente consensual de la referida novación”*; CERVERA M. (2014), **“El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 34, en este sentido, apoyando el concepto amplio de esperas pactadas; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos concursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 71, posicionándose en un concepto amplio de esperas, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 22 de febrero 2013, núm. 53**, en la que se define la “espera” a efectos de homologación del Acuerdo de Refinanciación como *“debe quedar delimitado a los propios de una “espera” en los términos expuestos, ciñéndose a aquellos contratos de préstamo, líneas de crédito o de financiación de circulante suscritos, en los que, bien resulta novado el plazo de vencimiento de la obligación contraída (como ocurre en los contratos de préstamo), bien se opta por el mantenimiento del contrato hasta la nueva fecha prevista (como ocurre en las líneas de crédito o las líneas de financiación), según las estipulaciones 3 y 4 del acuerdo marco.”*; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 5 de junio 2012, núm. 153**, en este sentido precisando que la espera objeto de extensión *“debe entenderse tanto en los supuestos de aplazamiento de pago de un crédito con un plan de pagos como en los casos de mantenimiento de un contrato por aplazamiento del vencimiento”*.

<sup>118</sup> Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ A. (2012), **“Reflexiones sobre las soluciones concursales”**, cit., págs. 124 y 125, en las que precisa que *“El crédito dotado de garantía real sólo escapa a esa extensión relativamente, esto es, respecto al concreto bien sobre el que recae dicha garantía, pero no respecto al resto de bienes que integran el patrimonio del deudor. Así, si el acreedor con garantía real ejecuta la garantía y, tras realizar el bien sobre el que recaía, queda una parte del crédito subsistente que no cubrió el valor del bien realizado, respecto de esa parte del crédito subsistente que ya no cuenta con ninguna garantía, desde luego que sí opera la extensión de los efectos de la espera”*; PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”**, cit., pág.217, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2014), **“Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores”**, cit., págs. 52 y 53, en este sentido. Añade que esto podría desincentivar la homologación del Acuerdo de Refinanciación, pues casi todo el pasivo financiero del deudor tendrá garantía real. Añade que los Jueces no están aplicando esta excepción basándose en que se trata de bienes necesarios para la continuidad empresarial; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 482 a 485, en la que expone que la espera no se extenderá a los créditos dotados por garantía real. Prosigue explicando las garantías reales que serán consideradas a estos efectos; **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona de 7 de agosto 2013, núm. 118**, en la que explica que a los acreedores financieros con garantía real no se les hace efectiva la extensión de la espera pactada. Ello se debe a que su crédito es directamente ejecutable, haciéndose efectivo por medio del embar del bien que garantiza el

determinadas condiciones<sup>119</sup>. En la regulación anterior al Real Decreto-ley 4/2014, el límite temporal de la extensión de la espera no estaba precisado. La jurisprudencia se mostraba vacilante en torno a la posibilidad de aplicar<sup>120</sup> un límite de tres años, o no aplicarlo<sup>121</sup>. Sin embargo, tras la reforma se ha precisado que la extensión de la espera no superará los 5 años.

- Extensión de los pactos de conversión de deuda en préstamos participativos con una duración máxima de 5 años, en obligaciones convertibles, o en cualquier otro

---

crédito. Por ello resulta ineludible esta excepción. Sin embargo, añade que cabe la posibilidad de que la espera pactada se extienda a los acreedores dotados de garantía real en la parte de su crédito que no haya sido cubierta por medio del embargo del bien que sirve de garantía. Por último añade otra excepción a esta extensión de la espera pactada cuando dice que *“Es posible igualmente extender la espera pactada de 5 años a unos disidentes y a otros no, pero sí una paralización de sus ejecuciones por 3 años, por no ser estratégicos, por no ser necesarios para el éxito de la refinanciación en el corto y medio plazo o sencillamente, para salvar el juicio de sacrificio desproporcionado y obtener la deseada homologación”*; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 58, en la que hace una enumeración de las garantías reales que impiden la extensión de la espera; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid de 20 de febrero 2013, número de autos 27/2013**, en el mismo sentido sobre la excepción a los acreedores financieros cuyos créditos gocen de garantía real.

<sup>119</sup> La **Disposición Adicional IV de la Ley Concursal**, reformada en el año 2014, en su apartado 4 dispone que *“A los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real, se extenderán, por la homologación judicial, los efectos señalados en el apartado anterior, siempre que uno o más de dichos efectos hayan sido acordados, con el alcance que se convenga, por las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas: a) Del 65%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra a) del apartado anterior; b) Del 80%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra b) del apartado anterior.”*; MANZANARES A. (2013), **“Refinanciaciones y uniaminidad, una reforma urgente”**, en **El País**, artículo de 19 de mayo 2013, en el que expone un supuesto de extensión de la espera pactada a los acreedores con garantía real anterior a la reforma del 2013. Consiste en acreedores dotados con garantía real que hayan alcanzado un acuerdo con el resto de acreedores, por el cual renuncian al ejercicio de las acciones individuales. Comenta que esto es un supuesto más que usual en los casos de financiación sindicada.

<sup>120</sup> Vid. **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de León de 21 de marzo 2012, núm. 29**, *“En la homologación el juez, previa ponderación de las circunstancias concurrentes, 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”*; **Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de León de 31 de mayo 2012, número de autos 112/2012**, en el mismo sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid de 20 de febrero 2013, número de autos 27/2013**, en el mismo sentido.

<sup>121</sup> Vid. **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona de 7 de agosto 2013, núm. 118**, *“Pero interpreto que según la DA4LC son dos fenómenos diferentes y no en realidad la perspectiva sustantiva y procesal de un mismo fenómeno. Expresamente la DA4LC permite al Juez extender los efectos de la espera pactada y no la espera legal. Y esta espera pactada que denota autonomía de la voluntad con la finalidad de refinar al deudor común no está limitada expresamente en el apartado que le debería ser propio”*.

instrumento financiero de características distintas a la deuda original.

- La extensión de los contenidos más gravosos<sup>122</sup> del Acuerdo de Refinanciación. Será precisa su ratificación por al menos por el 75% del pasivo financiero, salvo que posean garantía real<sup>123</sup>. Étas son las siguientes<sup>124</sup>:
  - Se extenderán las esperas pactadas con una duración entre 5 y 10 años.
  - Se extenderán las quitas y los pactos de conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora, pudiendo optar los acreedores por una quita equivalente a la reducción sobre el nominal de las acciones o participaciones que asumen los acreedores que hubieren optado por la capitalización, en su caso, la prima de emisión o asunción<sup>125</sup>.
  - También se extienden los pactos de conversión de deuda en préstamos participativos (de entre 5 y 10 años), en obligaciones convertibles o en cualquier otro instrumento

---

<sup>122</sup> Vid. CERDÁ F. (2014), *“La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes”*, cit., págs. 71 a 74, en las que utiliza esta denominación, llamándolos “contenidos más gravosos”; LEÓN F.J. (2014), *“La ineficacia de los acuerdos de refinanciación”*, cit., pág. 87, en este sentido; VALENCIA F. (2014), *“La tipología de los acuerdos de refinanciación”*, cit., pág. 122, en este sentido.

<sup>123</sup> Nos remitimos a lo dicho en la extensión de la espera pactada a excepción de los créditos con garantía real.

<sup>124</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), *“Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”*, cit., pág. 10, en la que explica la extensión de otros pactos recogidos en el acuerdo de refinanciación, cuando sea ratificado por el 75 % del pasivo financiero del deudor, a la luz de las reformas efectuadas en el año 2014; CERVERA M. (2014), *“El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación”*, cit., pág. 34, en este sentido; CERDÁ F. (2014), *“La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes”*, cit., págs. 72 a 74, en este sentido, explicando ampliamente cada una de las extensiones posibles.

<sup>125</sup> Vid. RECALDE A. (2014), *“Los acuerdos de refinanciación mediante la conversión de deudas en capital”*, cit., págs. 145 a 165, en las que explica todo el régimen de los pactos de conversión de deuda en capital, o capitalización de deuda, de manera contrastada con el régimen legal de los acuerdos de refinanciación. Concretamente, en la página 162 explica que este tipo de pactos de capitalización de deuda se extenderá a los acreedores financieros disidentes para el caso en que el Acuerdo sea homologado judicialmente y cuente con un quórum de ratificación de, al menos, el 75% del pasivo financiero. En la citada página, igualmente explica que los acreedores disidentes podrán optar por la capitalización de su deuda, o bien por la quita por el importe arriba indicado; CERDÁ F. (2014), *“La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes”*, cit., págs. 73 y 74 en este sentido.

financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original<sup>126</sup>.

- Por último, también puede extenderse las cesiones de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda.
- Todas estas extensiones de pactos recogidos en el Acuerdo de Refinanciación homologado, también pueden efectuarse a acreedores financieros con garantía real. Ello exige que el Acuerdo sea ratificado por<sup>127</sup>:
  - Al menos el 65 % del valor total de las garantías reales, para la extensión de las esperas inferiores a 5 años, o la conversión de deuda en préstamos participativos inferiores a 5 años (medidas menos gravosas).
  - Al menos el 80 % del valor total de las garantías reales, para la extensión de los pactos de capitalización de deuda, de las esperas entre 5 y 10 años, y de la conversión de deuda en préstamos participativos entre 5 y 10 años (medidas más gravosas).

Ambos tipos de acuerdos de refinanciación típicos gozan del privilegio de **“Fresh Money”** o dinero fresco. Es el mayor incentivo<sup>128</sup> para los acuerdos de refinanciación.

---

<sup>126</sup> Vid. CERDÁ F. (2014), **“La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes”**, cit., .pág. 74, en la que explica la extensión de los pactos de conversión de deuda en otros instrumentos financieros, y los califica de *“híbridos de capital u otros instrumentos”*.

<sup>127</sup> Vid. LEÓN F.J. (2014), **“La ineficacia de los acuerdos de refinanciación”**, cit., págs. 86 y 87, en este sentido; VALENCIA F. (2014), **“La tipología de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 123, en este sentido; RECALDE A. (2014), **“Los acuerdos de refinanciación mediante la conversión de deudas en capital”**, cit., pág. 162, en este sentido, centrándose sólo en la extensión de los pactos de capitalización de deuda.

<sup>128</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA (2011), **“Acuerdos de refinanciación y fresh money”**, cit., pág. 54, se refiere a la *“incentivación de la financiación preconcursal concedida en el marco de un acuerdo de refinanciación mediante el reconocimiento del fresh money en un eventual escenario concursal, que no debe interpretarse como ius singulare a favor de la banca, sino, insistimos, como un incentivo que por la vía de la prededucción concursal permitiría compensar la situación de mayor riesgo contractual en que dicha financiación se concede”*; PULGAR EZQUERRA (2012), **“Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011”**, cit., pág. 69, en este mismo sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”**, cit., pág. 218, en este sentido. Añade que el privilegio de fresh money beneficia también a las entidades bancarias, en tanto en cuando el 50% de la cantidad entregada en el Acuerdo, no es objeto de redición de cuentas ante el Banco de España; VIÑUELAS SANZ M. (2013), **“Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación (intereses en juego y opciones de política legislativa)”**, cit., págs. 189 y siguientes, en el mismo sentido, y utilizando esta misma denominación del privilegio de prededucibilidad. Concretamente en la

Este privilegio implica<sup>129</sup> que el 50% de los nuevos ingresos de tesorería<sup>130</sup> que se hayan efectuado al deudor, serán considerados créditos contra la masa. El 50%

---

página 191 considera que el privilegio de fresh money procura fomentar la nueva financiación, o refinanciación de los deudores. Se debe a una distribución del riesgo, ya que, los nuevos acreedores financian a un deudor con pocos visos de prosperidad, debido a la situación tan precaria en la que se encuentra.; PANIAGUA ZURERA M. (2011), **“los acuerdos de refinanciación en la última reforma de la Ley concursal”**, cit., pág. 90, en el mismo sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2009), **“Protección de las refinanciaciones frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDI 3/2009”**, cit., pág. 50 en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 114, en este sentido; DASSO A. A. (2013), **“Ristrutturazione extragiudiziale”**, cit., pág. 244, en este sentido, dando una justificación de la creación del privilegio de fresh money; PULGAR EZQUERRA J. (2011), **“La potenciación de los acuerdos de refinanciación en la reforma de la Ley Concursal”**, cit., pág. 35 en el mismo sentido; MARTÍNEZ ROSADO J. (2013), **“Extensión subjetiva de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 80, en este sentido; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 276, en este sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., págs. 76 y 77 en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 430 y 432, en este sentido; CURTO POLO M. M. (2013), **“La posición de los acreedores en el acuerdo de refinanciación extraconcursal”**, cit., pág. 110, en este sentido, justificando el privilegio de fresh money como un incentivo necesario para que el Acuerdo de Refinanciación sufriese una inyección de liquidez que permitiese la continuidad de la actividad empresarial; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 5 de junio 2012, núm. 153**, en el que se reconoce que el privilegio de prededucción o fresh money es el mayor incentivo para la ratificación del Acuerdo de Refinanciación.

<sup>129</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”**, cit., pág. 219, dando una definición de lo que consiste el privilegio de fresh money; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 432, en este sentido; DASSO A. A. (2013), **“Ristrutturazione extragiudiziale”**, cit., pág. 244, en este sentido; CURTO POLO M. M. (2013), **“La posición de los acreedores en el acuerdo de refinanciación extraconcursal”**, cit., pág. 110, en este sentido; VIÑUELAS SANZ M. (2013), **“Privilegio del fresh money en la Ley 38/2011”**, cit., págs. 379 y 389, en la que expone que solo será considerado como crédito contra la masa el 50%, para evitar desequilibrios entre los acreedores. De otra manera, el reparto del riesgo en la operación de refinanciación no sería equitativo; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., págs. 113 y 114, en este sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., págs. 80 y 81, en este sentido; DÍAZ MORENO A. (2014); **“Los efectos de los acuerdos de refinanciación en un posterior concurso: la clasificación de créditos”**, cit., pág. 184, en este sentido.

<sup>130</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA (2012), **“Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011”**, cit., pág. 73, quien parte de un concepto amplio de “nuevos ingresos de Tesorería”, diciendo que pueden ser todo tipo de actuaciones económicas beneficiosas para el deudor ya sea en forma de quita, aplazamientos o novación o financiación patrimonial directa, pero con el fin de permitir la continuación de la actividad puede interesar discriminar dentro de esa financiación cierto tipo de “auxilios financieros” en dinero fresco, que suelen provenir de entidades financieras que se encuentran en posición de hacerlo, y que en la ley 38/2011 se individualizan con la expresión “créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería” (v. arts. 84.2.11º y 91.6º LC); PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., págs. 78 y 79, en las que define el concepto “nuevos ingresos de Tesorería”, así como añade que será necesario a que contribuyan a la continuidad de la empresa; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 435 y 436, en las que procura acercarse a un concepto de nuevos ingresos de Tesorería, que supongan una ampliación significativa del crédito disponible; VIÑUELAS SANZ M. (2013), **“Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación (intereses en juego y opciones de política legislativa)”**,

restante se beneficiará de ser crédito con privilegio general. Ello exige que estos nuevos ingresos de tesorería se hayan realizado en el marco de un Acuerdo de Refinanciación típico<sup>131</sup>, al amparo de lo dispuesto en el artículo 71 bis.1 de la Ley Concursal. Tendrán que permitir o fomentar la actividad empresarial del deudor en el corto o medio plazo, sea cual fuere el destino de dichas aportaciones<sup>132</sup>.

Hemos de añadir que la Disposición Adicional II del Real Decreto-ley 4/2014, establece un régimen especial del privilegio de fresh money aplicable durante los dos años siguientes a la entrada en vigor del mismo<sup>133</sup>. Dispone que durante este plazo el 100% de los ingresos de tesorería concedidos en el marco de un Acuerdo de Refinanciación ex art. 71 bis y Disposición Adicional IV LC, tendrán la consideración de crédito contra la masa. Esta especialidad también será de aplicación a los que aporten el propio deudor y las personas especialmente relacionados con él<sup>134</sup>.

---

cit., pág. 189, en la que se sitúa dentro de la concepción estricta de nueva financiación; PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”**, cit., pág. 219, en este sentido; CURTO POLO M. M. (2013), **“La posición de los acreedores en el acuerdo de refinanciación extraconcursal”**, cit., pág. 111, en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 114, en este sentido, aunque hace una mención general a “nueva financiación”; VIÑUELAS SANZ M. (2013), **“Privilegio del fresh money en la Ley 38/2011”**, cit., pág. 381, en la que expone que solo gozará del privilegio de fresh money los ingresos de tesorería que supongan la ampliación significativa del crédito disponible; DÍAZ MORENO A. (2014); **“Los efectos de los acuerdos de refinanciación en un posterior concurso: la clasificación de créditos”**, cit., págs. 183 y 184, en este sentido.

<sup>131</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 432 y 433, en las que explica que este privilegio opera de forma automática. No es necesario que nadie lo declare, ni tampoco que tenga que venir precisado. Sólo será necesario que el Acuerdo de Refinanciación cumpla los requisitos que la tipicidad le exige; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 81, en este sentido.

<sup>132</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 438, en la que expone que el legislador no dispone nada acerca del destino que debe seguir el nuevo ingreso de Tesorería. Sólo precisa que ha de servir a la continuidad empresarial.

<sup>133</sup> Vid. DÍAZ MORENO A. (2014); **“Los efectos de los acuerdos de refinanciación en un posterior concurso: la clasificación de créditos”**, cit., págs. 185 a 87, en las que explica detenidamente el régimen transitorio del privilegio de fresh money, en el sentido arriba indicado; ATIENZA LÓPEZ J.I. (2014), **“Real Decreto-Ley 4/2014 de 7 de marzo: la reforma de la reforma de los acuerdos de refinanciación en el precurso, cit., en este sentido; BERLANGA B. (2014), “Principales novedades introducidas por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial”, cit., en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2014), “Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, cit., pág. 10, en este sentido.**

<sup>134</sup> Vid. DÍAZ MORENO A. (2014); **“Los efectos de los acuerdos de refinanciación en un posterior concurso: la clasificación de créditos”**, cit., pág. 186, en la que reconoce el privilegio tanto a las aportaciones del deudor como a la de las personas especialmente relacionadas con él. Sin embargo hace una precisión de lo más interesante: *“los intereses devengados por los créditos que se acaban de indicar serán subordinados (en los términos del art. 92.3º LC). Se evita así que los intereses derivados e los créditos por nuevos ingresos de tesorería reciban la consideración de créditos contra la masa por aplicación de las reglas generales”*.

El legislador no dispone nada acerca de los acreedores<sup>135</sup> que pueden suscribir el acuerdo de refinanciación. Por ello, la doctrina precisa que cualquier tipo de acreedor podrá firmar y apoyar un acuerdo de refinanciación, sin importar su condición o cuantía. Sin embargo, no todos los acreedores que lo suscriban podrán gozar del privilegio de fresh money<sup>136</sup>. La doctrina<sup>137</sup> ha resaltado un problema respecto a la disparidad de trato entre los Grupos de Sociedades<sup>138</sup> y las Redes de Empresas<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA (2012) **“Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011”**, cit., pág. 72, quien aclara que en relación a la cualidad del aportante, no se especifica nada en el modelo español, ni siquiera para los acuerdos particulares de refinanciación, a pesar de que en éste ámbito se cualifican los acreedores que computarían a efectos de mayorías. No obstante, el hecho de vincular el privilegio exclusivamente a financiaciones en el marco de acuerdos de refinanciación generales o particulares, que se adecuen a lo dispuesto en el artículo 71.6 LC, podría reconducir de algún modo el tema a los acreedores profesionales, aun cuando no exclusivamente, pues ha de recordarse que dichos acuerdos pueden alcanzarse con acreedores profesionales, pero también con otras categorías de acreedores que, por tanto, podrían beneficiarse en las condiciones legalmente exigidas del privilegio del fresh money; VIÑUELAS SANZ M. (2013), **“Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación (intereses en juego y opciones de política legislativa)”**, cit., pág. 197 en el mismo sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcurso y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 436 y 437, en este sentido. Añade que no tiene que ser un acreedor profesional o una entidad financiera, aunque sea lo más usual; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 101, en este sentido.

<sup>136</sup> Nos referimos en concreto a los acreedores de créditos subordinados, quienes no podrán gozar del privilegio de fresh money, ya que serán los últimos créditos en satisfacerse. Los **créditos subordinados** vienen expresamente establecidos en el artículo 92 de la Ley Concursal. Esta lista es numerus clausus, es decir, sólo serán subordinados aquellos que expresamente vengan refejados en dicho precepto. Serán los siguientes: **1.** Los créditos que hayan sido comunicados tardíamente o que no hayan sido comunicados, siempre que se hayan incluido dentro de la lista de acreedores, bien por la Administración Concursal, bien por el Juez de lo Mercantil; **2.** Los que tengan pacto contractual de ser subordinados; **3.** Los créditos por intereses de cualquier tipo, salvo los derivados de los intereses de créditos con garantía real, en lo que alcanza la propia garantía; **4.** Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias; **5.** Los créditos cuya titularidad corresponda a una de las personas especialmente relacionadas con el deudor, reguladas en el artículo 93 de la Ley Concursal; **6.** Los créditos derivados de la obligación de restitución concursal, salvo que se haya declarado su mala fe; **7.** Los créditos derivados de obligaciones recíprocas de las que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69, cuando el Juez considere que el incumplimiento de estas obligaciones suponen un obstáculo a los intereses del concurso. Los efectos de la subordinación de créditos son los siguientes: **1.** Son los últimos créditos en satisfacerse, por debajo de los créditos ordinarios; **2.** Las garantías con que fueron dotadas inicialmente el crédito no serán tenidas en cuenta; **3.** Pérdida de su derecho a voto en la Junta de Acreedores, aunque sí pueden asistir a las convocatorias de la Junta; Concretamente nos referimos a las aportaciones de las personas especialmente relacionadas con el deudor, recogidas en el artículo 93 LC, las cuales no gozarán del privilegio de fresh money, sino que serán acreedores subordinados. Sin embargo, en caso en que tales acreedores hubieren capitalizado total o parcialmente sus créditos, en cumplimiento de un Acuerdo de Refinanciación típico, no serán considerados como subordinados a efectos de calificación, según la nueva redacción del art. 92.5 párrafo 2º de la LC tras a reforma efectuada por el Real-Decreto ley 4/2014 de 7 de marzo. Información obtenida de la lectura y resumen de las siguientes obras y a cuyo contenido nos remitimos en aras de la mayor brevedad posible: VILLORIA RIVERA (2007) **“La subordinación de los créditos de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios”** Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 7, págs. 230 y siguientes; RODRÍGUEZ SÁNCHEZ (2007), **“La subordinación de los créditos de los socios en las sociedades de capital”**, Anuario de Derecho Concursal, núm. 7, págs. 117 y siguientes; MAIRATA

---

LAVIÑA/ROLDÁN SANTÍAS (2012), “Subordinación y grupos de empresas: Cuestiones interpretativas”, **Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal**, núm. 16, (para el estudio de la nueva inclusión de las personas especialmente relacionadas con el deudor, cuando pertenecen al mismo grupo de sociedades); DÍAZ VALES F. (2010), “Régimen jurídico de la acción rescisoria concursal”, **Anuario de Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá**, núm. 3, pág. 282, en la que enumera quienes son las personas especialmente relacionadas con el deudor, tanto persona física como persona jurídica; FERNÁNDEZ CAMPOS J.A. (2007), “Reintegración del patrimonio del concursado”, **Anales de Derecho**, núm. 25, págs. 26 a 31 en las que estudia quienes son las personas especialmente relacionadas con el deudor, además de decir expresamente que sus créditos serán subordinados siempre; CURTO POLO M. M. (2013), “La posición de los acreedores en el acuerdo de refinanciación extraconcursal”, cit., pág. 112, en este sentido; DÍAZ MORENO A. (2014); “Los efectos de los acuerdos de refinanciación en un posterior concurso: la clasificación de créditos”, cit., págs. 184 y 188, en este sentido diciendo que las personas especialmente relacionadas con el deudor, no podían gozar del privilegio de fresh money antes de la reforma. En la página 188 comenta lo dispuesto en el artículo 92.5º LC por el cual se establece que aquellos acreedores que hayan capitalizado su deuda en el marco de un acuerdo de refinanciación, no podrán ser considerados como persona especialmente relacionadas con el deudor.

<sup>137</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2011), “Acuerdos de refinanciación y fresh money”, cit., pág. 56, en la que, tras explicar que la financiación de los socios para la sociedad del mismo Grupo que la concursada, tendrá la consideración de subordinada (aunque se haya realizado en el marco de un acuerdo de refinanciación. Sin embargo en el caso de las Redes de Empresas, este crédito será prededucible. Así, en la pág. 56 expone que “A mi entender resulta, cuando menos, cuestionable excluir del ámbito del fresh money la aportación de socios cuando dicha aportación se realiza en forma de crédito vía préstamo ordinario actuando el socio como financiador [...] lo que no es admisible es que en virtud del referido préstamo el socio se convierta en un eventual concursado, por imperativo legal, en acreedor subordinado”; PULGAR EZQUERRA J. (2012), “Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011”, cit., pág. 76, en el mismo sentido; PULGAR EZQUERRA, en el “Simposio Internacional: Redes Empresariales y crisis económica”, cit.; PULGAR EZQUERRA J. (2013), “La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”, cit., págs. 211 y 222, en este mismo sentido. Hace una crítica sobre como el legislador había acabado con una fuente de ingresos importante, como es la financiación de los socios; PULGAR EZQUERRA J. (2014), “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores”, cit., pág. 54, en la que critica el privilegio de fresh money por no afectar a los socios del deudor. Dice que, a diferencia del modelo italiano, el legislador no ha querido extender el fresh money a la financiación de los socios con motivo del Acuerdo de Refinanciación. De esta forma se atenta contra una fuente de financiación del deudor tan importante como es la financiación interna.

<sup>138</sup> Los **Grupos de Sociedades**, son personas jurídicas de gran envergadura compuestas por empresas, que interrelacionadas entre sí, cumplen con los siguientes requisitos. Se considera como un conjunto de sociedades en el que cada una de ellas conserva su personalidad jurídica independiente. Sin embargo todas ellas se caracterizan por estar sometidas a una dirección y control único, por haber unidad de plantilla laboral, por existir una única caja o patrimonio y por una apariencia unitaria externa. Información obtenida de la lectura de las siguientes obras, y a cuyo contenido nos remitimos en aras de una lectura más especializada: EMBID IRUJO (1996), “La problemática de los Grupos”, en **Derecho de sociedades de responsabilidad limitada**, Tomo II, Edit. Mc Graw Hill, Madrid, págs. 1238 y siguientes; EMBID IRUJO (2003), “Realidad actual y significado jurídico de los grupos de sociedades”, en **Introducción al derecho de los grupos de sociedades**, Edit. Comares, Granada, págs. 10 y siguientes; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 10 de junio de 2012, núm. 188**, para una definición de Grupo de Sociedades; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 8 de julio 2012, núm. 156**, en el mismo sentido.

<sup>139</sup> Las **Redes de Empresas**, son entes sin personalidad jurídica propia. Nacen como un sistema organizativo basado en la confianza de las empresas entre sí. Carecen de una regulación legal, sin embargo, supone una estructura productiva que actualmente se está implementando en nuestro sistema económico. Es un tipo de red de cooperación interempresarial basada en la confianza y en la ratificación de acuerdos entre las empresas que la integran. De esta manera, las empresas se

El privilegio de “fresh money” no es perfecto. De hecho, algunos autores<sup>140</sup> lo han criticado como incompleto, o con varios puntos débiles. Otra de las grandes críticas del privilegio radica en la posibilidad de fraude<sup>141</sup>.

En lo relativo a los acuerdos típicos particulares, no bastará, con el simple cumplimiento de los requisitos antes mencionados. Poseen un grado de judicialización fuerte, lo que exige un **procedimiento judicial para su homologación**<sup>142</sup> regulado en la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal.

---

agrupan, sin someterse a la dirección y control de una de ellas, abarcando así más cuota de mercado y la mayor parte del proceso productivo. De esta forma, varias empresas, siendo independientes entre sí, cooperan para un mejor funcionamiento, en base a acuerdos firmados entre ellas. Información obtenida de la lectura y resumen de las siguientes obras, y a cuyo contenido nos remitimos para una mayor profundización: FERNÁNDEZ DE ARROYABE/ARRANZ PEÑA (1999), **“Las redes de cooperación empresarial: ¿una organización para el próximo milenio?”**, **Revista de Dirección, Organización y Administración de Empresas**, núm. 21, pág. 13 y 14, quienes recogen una definición, a modo de introducción, sobre la Red de Empresas; LAPIEDRA/SMITHSON (1998), **“Análisis del proceso de formación de una red de empresas: estudio de un caso en el sector del automóvil”**, **Revista de Economía y Empresa**, vol. XII, núm. 33.

<sup>140</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”**, cit., págs. 220 y 221, en las que critica los siguientes aspectos del privilegio del fresh money: 1. Sólo alcanzará el 50% del valor entregado en el marco del Acuerdo de Refinanciación, lo que hace que sea un privilegio a medias; 2. La financiación que concedan los socios será subordinada, evitando una fuente de ingresos tan importante como es la autofinanciación interna; 3. Será el último crédito a satisfacer de entre los prededucibles, lo que puede dificultar su cobro; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 440 a 451, en el mismo sentido, aunque explicado con mayor amplitud; CURTO POLO M. M. (2013), **“La posición de los acreedores en el acuerdo de refinanciación extraconcursal”**, cit., págs. 111 y 112 critica el privilegio de fresh money, en el mismo sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., págs. 83 y 86, en las que recoge las críticas al privilegio de fresh money, en este sentido; DÍAZ MORENO A. (2014); **“Los efectos de los acuerdos de refinanciación en un posterior concurso: la clasificación de créditos”**, cit., pág. 185, en la que critica el privilegio de ficticio, pues la Administración Concursal podrá alterar el orden de pago de los créditos, por lo que quienes hayan aportado estos nuevos ingresos de tesorería pueden verse frustrados a la hora de cobrar su crédito.

<sup>141</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 433, en la que explica que no existe ningún tipo de control sobre el privilegio de fresh money. Antiguamente, el experto independiente examinaba el contenido del Acuerdo de Refinanciación. Actualmente, al no ser un requisito necesario, este privilegio puede ser una vía por la que acreedores ordinarios obtengan un importante privilegio respecto al resto, lo que se traduce en el fraude de acreedores; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 81, en este sentido.

<sup>142</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA (2011), **“Precocursalidad y acuerdos de refinanciación”**, cit., págs. 33 y 34, donde describe todos los trámites a seguir para la homologación de los acuerdos de refinanciación particulares, conforme a la Disposición Adicional 4ª LC; URÍA FERNÁNDEZ F./CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS J. (2013), **“El nuevo régimen de las refinanciaciones y reestructuraciones ant el concurso”**, cit., pág. 132 quien transcribe la Disposición Adicional IV de la Ley Concursal, admitiendo la posibilidad de homologación del acuerdo de refinanciación típico; MARTÍNEZ ROSADO J. (2013), **“Extensión subjetiva de los acuerdos de refinanciación”**, cit., págs. 94 a 100, en las que describe el proceso de homologación del acuerdo de refinanciación; LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación del acuerdo de refinanciación”**, cit., págs. 294 a 317, describiendo todo el proceso de homologación, según la normativa del año 2012; PULGAR

Hemos de precisar que se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria<sup>143</sup>. Esto se debe a que no hay dos partes contrarias, ni tampoco una acción ejercitada por el deudor. Solo la homologación de un Acuerdo.

Dicho procedimiento comienza con la presentación de la solicitud<sup>144</sup> de homologación por el deudor ante el Juez de lo Mercantil competente<sup>145</sup>. La solicitud se verá acompañada del Acuerdo de Refinanciación, de la certificación del auditor de

---

EZQUERRA J. (2012), “**Preconcurzalidad y Acuerdos de Refinanciación**”, cit., pág. 306, en la que hace un esquema del procedimiento de homologación del Acuerdo de Refinanciación.

<sup>143</sup> Vid. HERRERO PEREZAGUA J.F. (2013), “**Las tasa judiciales y la homologación del acuerdo de refinanciación**”, cit., pág. 469, “*En efecto, en el procedimiento regulado por la DA 4ª LC no hay contienda, no hay partes, no hay dualidad de posiciones, no hay definición del derecho. Dicho de otro modo: no hay proceso ni ejercicio de la función jurisdiccional. Estamos ante un procedimiento de los que quedan comprendidos en la acepción genérica de la jurisdicción voluntaria*”; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN G./TOMÁS TOMÁS S. (2013), “**Impugnación de la homologación del acuerdo de refinanciación**”, en **Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis**, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat, pág. 484, en este sentido.

<sup>144</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2013), “**La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003**”, cit., pág. 213, en la que dice que el procedimiento de homologación del Acuerdo de Refinanciación comienza con la demanda de homologación, presentada por el deudor; CERVERA M. (2014), “**El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación**”, cit., págs. 34 y 36, en la que explica los requisitos formales que debe seguir la solicitud de homologación del Acuerdo. En la página 36 dice que el deudor es el único legitimado para presentar la solicitud de homologación del Acuerdo; LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), “**El procedimiento de homologación del acuerdo de refinanciación**”, cit., págs. 296 y 297, en este sentido. Añade que esta solicitud no está sometida a plazo alguno; PULGAR EZQUERRA J. (2012), “**Preconcurzalidad y Acuerdos de Refinanciación**”, cit., pág. 492, en este sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), “**Institutos preconcursoales y refinanciación de deudas**”, cit., pág. 67, en este sentido. Añade que la solicitud tendrá que venir acompañada de la firma de Letrado y Procurador. Por último, expone que tendrá que acreditar el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para la homologación del Acuerdo de Refinanciación, así como acompañar la documentación que integra el Acuerdo, Plan de Viabilidad e informe del experto independiente; **Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño de 22 mayo 2013 número de autos 1254/2012**, en la que se dice que el procedimiento de, homologación se inicia con una solicitud de homologación. Esta solicitud se verá acompañada del Acuerdo de Refinanciación formalizado en el correspondiente instrumento público, del informe del experto independiente si lo hubiere, de la certificación del auditor de cuentas, y de toda la documentación que acredite, tanto el cumplimiento de los requisitos legales, como de la ausencia de perjuicio patrimonial desproporcionado; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife de 18 de enero 2013, número de autos 44/2013**, en el mismo sentido.

<sup>145</sup> Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), “**El procedimiento de homologación del acuerdo de refinanciación**”, cit., pág. 298, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2013), “**La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003**”, cit., pág. 213, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 17 de diciembre 2012, número de autos 720/2012**, “*De conformidad con lo dispuesto en el art. 86.ter L.O.P.J. EDL 1985/8754, art. 8 LCo y D.A. 4ª, apartado 2 L.Co (en redacción recibida por Ley 38/2011EDL 2011/222123) en relación con el art. 10 L.Co., ostenta este Tribunal jurisdicción y competencia objetiva y territorial para el conocimiento y tramitación de la presente solicitud de homologación, al tratarse de acuerdo de refinanciación del art. 71.6 L.Co. y encontrarse suscrito por acreedores financieros y deudor con domicilio social y centro de intereses principales en la Comunidad de Madrid.*”; **Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño de 22 de mayo 2013, número de autos 1254/2012**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife de 18 de enero 2013, número de autos 44/2013**, en este sentido.

cuentas, del informe del experto independiente (si se hubiere realizado) y de la certificación del acuerdo de aumento de capital en el caso en que así se hubiere pactado en el Acuerdo<sup>146</sup>. Esta solicitud de homologación podrá ser presentada tanto por el deudor como por los acreedores que hayan ratificado el Acuerdo<sup>147</sup>.

El Juez de lo Mercantil examinará la solicitud, pudiendo notificar cualquier defecto subsanable<sup>148</sup>, aceptarla o inadmitirla por medio de providencia. En el caso en que se decrete su aceptación<sup>149</sup>, podrá acordar la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación<sup>150</sup>.

El Secretario Judicial procederá a publicar<sup>151</sup> la providencia en el Registro Público Concursal, donde aparecerán: los datos del deudor, el Juez competente, el número de procedimiento judicial de homologación, fecha del acuerdo de refinanciación, y los efectos que pudieren extenderse de la homologación del Acuerdo, con indicación de la disponibilidad del acuerdo a cada uno de los acreedores para su consulta.

---

<sup>146</sup> Antes de la reforma legal por el Real Decreto-ley 4/2014, no se precisaban los documentos que tenían que acompañar a la solicitud de homologación. Sin embargo, tras ésta, el apartado 5º de la Disposición Adicional IV de la Ley Concursal expone los documentos que acompañaran en todo momento a la solicitud, en el sentido arriba indicado. Sin embargo la doctrina anterior sí venía precisando esta cuestión. Véase LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 300, en este sentido.

<sup>147</sup> Antes de la reforma por la Ley 17/2014, sólo estaba legitimado el deudor para solicitar la homologación del Acuerdo de Refinanciación. tras la reforma, se extiende la legitimación a los acreedores adherentes, con la finalidad de no restringir la homologación del acuerdo a la mera voluntad del deudor. Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), **“Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”**, cit., pág. 11, en este sentido.

<sup>148</sup> Vid. CERVERA M. (2014), **“El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 36, *“En este caso el juez podría conceder un plazo para subsanar los defectos detectados y si no se cumplimentara debería dictar una resolución, entiendo en forma de auto, inadmitiendo la homologación contra el que cabría recurso de apelación.”* **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 5 de junio 2012, núm. 153**, en la que se establece la posibilidad de que el Juez notifique al deudor cualquier defecto en la demanda o solicitud de homologación del Acuerdo de Refinanciación. Concederá un plazo para la subsanación del defecto. Esto sólo será posible en caso de defecto meramente material, ya que de lo contrario, será insanable y sólo resta inadmitir la demanda de homologación.

<sup>149</sup> Vid. CERVERA M. (2014), **“El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 36, *“el juez de lo mercantil dictará providencia admitiendo a trámite la petición de homologación acordando en la misma resolución la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación”*.

<sup>150</sup> Vid. CERVERA M. (2014), **“El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág.36, *“con la providencia que dicte se acuerda la paralización de las ejecuciones hasta la homologación del acuerdo, para evitar riesgos que el retraso del juez en adoptar la resolución de homologación pudiera hacer peligrar el acuerdo con la reanudación de ejecuciones”*.

<sup>151</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 313, en la que explica como el Secretario Judicial se encarga de la publicación de la solicitud de homologación, en el sentido arriba indicado. Hemos de precisar que el texto se basa en la legislación anterior, aunque en lo que respecta a la publicación no ha variado; CERVERA M. (2014), **“El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 36, en la que explica el sistema de publicación en el Registro Público Concursal, de la providencia de admisión de la solicitud de homologación.

Una vez hecho esto, el Juez examinará el cumplimiento de los requisitos (juicio de legalidad sustantiva<sup>152</sup>) para su homologación. Igualmente declarará la extensión de los efectos que correspondan, en atención a la certificación del auditor de cuentas, sobre las mayorías requeridas (del 60% o 75% según se extiendan más o menos efectos) para la extensión de los efectos del Acuerdo de Refinanciación. En este proceso no existe posibilidad de oposición<sup>153</sup>. El Juez tendrá que evaluar objetivamente el cumplimiento de los requisitos examinando la documentación, sin que ningún interesado alegue nada en contrario.

No entrará a examinar la mayor o menor viabilidad del Acuerdo de Refinanciación, o incluso si efectivamente cumple a su finalidad de remover el estado de crisis del deudor<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 494, en la que explica que el control de legalidad se basa en el cumplimiento de los requisitos formales de la solicitud de homologación y de los requisitos materiales del Acuerdo de Refinanciación. Precisa que este control se efectúa para poder emitir una Resolución que admita o deniegue la homologación; **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. I de 14 de mayo 2012, núm. 127**, “En cuanto al control de legalidad hay que partir de lo dispuesto en el art. 71.6 LC EDL 2003/29207 donde se regulan acuerdos de refinanciación tipo conservativo, no liquidativo, protegidos frente a la acción rescisoria concursal si van acompañados de un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad empresarial o profesional en el corto y medio plazo y cuyos pactos deben suponer bien la ampliación significativa del crédito disponible (fresh money) o bien una reordenación del pasivo del deudor consistente en la modificación de sus obligaciones, mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas. El citado precepto exige además -para obtener la citada protección- el voto favorable de al menos tres quintos del pasivo del deudor a la fecha del acuerdo, el informe favorable del experto independiente y que se formalice en instrumento público. Estos son los requisitos de fondo y forma y que deben concurrir en el acuerdo de refinanciación cuya homologación se solicita.”; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 69, utilizando esta terminología; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón de 10 de julio 2012, núm. 186**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 22 de febrero 2013, núm. 53**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 10 de abril 2013, núm. 191**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 17 de diciembre 2012, número de autos 720/2012**, en este sentido; **Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño de 22 de mayo 2013, número de autos 1254/2012**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Jaén de 7 de febrero de 2012 núm. 28**, en este sentido.

<sup>153</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 494, *“No obstante, ha de destacarse que el referido examen de la legalidad del acuerdo se encuentra limitado por la analizada tramitación de la solicitud de homologación, estando muy restringidos los medios de que dispone el juez para efectuar este juicio de legalidad, pues no hay intervención de otros acreedores en un contradictorio, ni posibilidad de practicar prueba. Ello significa, que en este trámite difícilmente el juez podrá analizar la concurrencia de los elementos objetivos, en el sentido del contenido del acuerdo, o en su caso la existencia de una eventual actuación fraudulenta en la formación del quórum legalmente exigido, debiendo por tanto, limitarse el control a los aspectos meramente formales del acuerdo”*; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 68, en este sentido.

<sup>154</sup> Vid. CERVERA M. (2014), **“El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 374, en la que expone que el juez, en esta fase del proceso, no realiza control de oportunidad alguno. Tan sólo se centra en el cumplimiento de los requisitos legales, o juicio de legalidad. De hecho termina diciendo que, en el caso en que no se planteasen oposiciones, el juez

Una vez examinados estos extremos, se dictará Resolución declarando o no su homologación, que se publicará bajo trámite de urgencia, en el Registro Público Concursal y en el BOE. La publicación se efectuará dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la Resolución. Contendrá los mismos datos que la publicación de la providencia de admisión de la solicitud de homologación<sup>155</sup>.

Parte de la doctrina considera que debiera ser admisible recurso de la Resolución<sup>156</sup>, por parte del deudor, en el supuesto en que ésta denegase la homologación.

Aquí finaliza<sup>157</sup> el procedimiento de homologación del Acuerdo de Refinanciación. Sin embargo, los acreedores disidentes gozarán de los medios necesarios, para defender sus respectivas posturas.

---

sólo se limita a constatar que efectivamente se cumplen con los requisitos de la Disposición Adicional IV de la Ley Concursal.

<sup>155</sup> Vid. HERRERO PEREZAGUA J.F. (2013), **“Las tasa judiciales y la homologación del acuerdo de refinanciación”**, cit., pág. 470, en la que explica que se publica la Resolución de homologación del Acuerdo, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 495, en este sentido; **Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño de 22 de mayo 2013, número de autos 1254/2012**, *“la presente resolución deberá ser objeto de publicación en el Registro Público Concursal y en el BOE por medio de extracto que contendrá los siguientes datos: datos de identificación del deudor, juez competente, el número de expediente registral de nombramiento de experto y del procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de la espera que en el mismo se contienen, con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Registro Mercantil competente donde se hubiere depositado para su publicidad.”*; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife de 18 de enero 2013, número de autos 44/2013**, en este sentido.

<sup>156</sup> Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 309, *“No parece que el legislados tuviera intención de conceder recurso alguno, pero lo cierto es que no lo ha denegado expresamente. La acción de impugnación desplaza la posibilidad de recurso contra la resolución que concede la homologación, pero no hay medio de impugnación alguno que pueda desplazar la posibilidad de recurso del deudor para el caso en que la homologación fuese denegada. Difícilmente podrá denegarse la apelación al deudor contra la resolución –que deberá ser una sentencia- que deniegue la homologación si el auto que inadmitiese la solicitud de homologación necesariamente debe contar con un recurso de apelación”*; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 499, en la que expone que no se precisa si la Resolución será o no apelable. Sin embargo dice que en todo momento podrá ser objeto de recurso de reposición, para el caso en que la Resolución fuere denegatoria de la homologación.

<sup>157</sup> Decimos que la Resolución homologatoria da fin al procedimiento, habida cuenta de que estima la pretensión del deudor solicitante. El trámite de impugnación será considerado como una acción que será llevada a cabo en procedimiento diferente, aunque tramitado por el mismo Juez, como veremos más adelante. Por eso se considera que la homologación y la impugnación son considerados como dos procedimientos judiciales diferentes, aunque tramitados bajo un mismo órgano. Buena prueba de ello es que la homologación es un procedimiento normal, mientras que la impugnación se tramita bajo los cauces del incidente concursal. En este sentido véase: HERRERO PEREZAGUA J.F. (2013), **“Las tasa judiciales y la homologación del acuerdo de refinanciación”**, cit., pág. 470; LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 307 a 310; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 68.

En aras de no perjudicar la tutela judicial efectiva se prevé, en esta Disposición Adicional 4ª, la posibilidad de que en los quince días siguientes a la publicación del acuerdo homologado, los acreedores que no lo hayan suscrito y que se vean afectados por el contenido del mismo puedan impugnar la homologación<sup>158</sup>. Sólo podrá fundarse la impugnación en una serie de motivos tasados como son<sup>159</sup>:

- La falta de porcentaje de aceptación del acuerdo de refinanciación.
- La valoración del sacrificio soportado por quienes no lo hayan aceptado.

<sup>158</sup> Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 307 a 310, en las que explica que los acreedores disidentes podrán formular impugnación contra la Resolución de homologación en los 15 días siguientes a su publicación. Considera que la impugnación realmente consiste en una acción impugnatoria, ya que no se trata de un trámite procesal. Expone que para formular impugnación será preciso ir asistido de Letrado y de Procurador; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 499 y 501, en las que habla sobre la posibilidad de impugnación y los legitimados a tal efecto; ; CERVERA M. (2014), **“El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 38, en este sentido; VIÑUELAS SANZ M. (2013), **“Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación en la Ley 38/2011 (Intereses en juego y opciones de política legislativa)”**, cit., pág. 188; ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), **“El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente”**, cit., pág. 236, en este sentido; MARTÍNEZ ROSADO J. (2013), **“Extensión subjetiva de los acuerdos de refinanciación”**, cit., págs. 97 y 98, en las que explica que los acreedores que se ven afectados por la homologación del acuerdo de refinanciación podrán oponerse a la misma dentro de los 15 días siguientes a la publicación del Acuerdo. Precisa que sólo se verán afectados por la homologación los acreedores financieros, limitándose así la legitimación para formular oposición; DASSO A. A. (2013), **“Ristrutturazione extragiudiziale”**, cit., pág. 243, sobre la posibilidad de formular oposición a la homologación del Acuerdo de Refinanciación; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 122, en este sentido; CASTIELLO D’ANTONIO A. (2013), **“Aspetti problematici degli istituti preconcursuali”**, cit., pág. 318, en este sentido; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN G./TOMÁS TOMÁS S. (2013), **“Impugnación de la homologación del acuerdo de refinanciación”**, cit., págs. 484 a 494, en este sentido estudiando a fondo la impugnación de la Resolución homologatoria del Acuerdo; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 68, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife de 18 de enero 2013, número de autos 44/2013**, en este sentido.

<sup>159</sup> Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 310, en este sentido; VIÑUELAS SANZ M. (2013), **“Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación en la Ley 38/2011 (Intereses en juego y opciones de política legislativa)”**, cit., pág. 188; HERRERO PEREZAGUA J.F. (2013), **“Las tasa judiciales y la homologación del acuerdo de refinanciación”**, cit., pág. 470, en este sentido; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN G./TOMÁS TOMÁS S. (2013), **“Impugnación de la homologación del acuerdo de refinanciación”**, cit., pág. 488, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 501, en este sentido, diciendo expresamente que los motivos de impugnación son tasados; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 123, en este sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 68, en este sentido.

Parte de la doctrina<sup>160</sup> por el contrario dispone que además de los anteriores motivos, debiera poder fundarse la impugnación de la homologación en los siguientes motivos:

- La falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 71 bis.1 LC.
- Que el acuerdo de refinanciación no se haya adoptado en situación de insolvencia actual o inminente.
- Que se hubiere solicitado la homologación de un acuerdo de refinanciación en plazo inferior a un año.

Sea cual fuere el motivo alegado, el acreedor impugnante tendrá la carga de la prueba.<sup>161</sup> Esto se debe a que es el acreedor quien ejercita la impugnación por medio de demanda.

Se trata de una demanda de impugnación contra la Resolución que homologa el Acuerdo. De hecho, la doctrina<sup>162</sup> considera que constituye un nuevo procedimiento, diferente al de homologación.

---

<sup>160</sup> Vid. AZOFRA VEGAS (2012), **“La invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 140, señala que *“La impugnación sólo podrá basarse en la valoración de la desproporción del sacrificio exigido y en la concurrencia del porcentaje exigido para la homologación [...] Aún más, la impugnación también debiera poder fundarse en la falta de cumplimiento de los otros dos requisitos del artículo 71.6 LC [...] e incluso en que el acuerdo de refinanciación no se haya adoptado en situación de insolvencia actual o al menos inminente del deudor. O, por concluir, en que se hubiere solicitado otra homologación de un acuerdo de refinanciación por el mismo deudor en menos de un año (DA 4ª, apartado 7)”*; MARTÍNEZ ROSADO J. (2013), **“Extensión subjetiva de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 98, en la que explica que la oposición no puede fundarse sólo en los motivos tasados en la Disposición Adicional 4ª LC. Tienen que extenderse los motivos al cumplimiento estricto del artículo 71.6 LC, ya que esta fase supone el primer y único contacto del Acuerdo de Refinanciación con la actividad judicial. Por ello, limitar los motivos a dos supone un contrasentido, ya que el Juez no ha podido valorar correctamente la concurrencia de los requisitos exigidos, o bien el contenido y viabilidad del Acuerdo de Refinanciación.

<sup>161</sup> Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN G./TOMÁS TOMÁS S. (2013), **“Impugnación de la homologación del acuerdo de refinanciación”**, cit., pág. 491 en la que expone que la carga de la prueba corresponde al actor, es decir, al acreedor impugnante. Sin embargo, si el motivo alegado es acerca de la insuficiencia del porcentaje de ratificación, la carga se desplaza al deudor y demás acreedores financieros adheridos. Se debe a que son los únicos con suficiente acceso a la documentación para poder acreditar lo contrario.

<sup>162</sup> Vid. HERRERO PEREZAGUA J.F. (2013), **“Las tasa judiciales y la homologación del acuerdo de refinanciación”**, cit., pág. 470, explicando que se trata de una acción impugnatoria contra la Resolución que homologa el Acuerdo. Al tramitarse bajo los cauces del incidente concursal, supone un procedimiento diferente al que homologó el Acuerdo. Es más, la parte actora es la parte impugnante, mientras que la parte demandada pasa a ser el deudor solicitante de la homologación; LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 307 a 310, en este sentido, explicando toda la tramitación del incidente de impugnación bajo esta perspectiva; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN G./TOMÁS TOMÁS S. (2013), **“Impugnación de la homologación del acuerdo de refinanciación”**, cit., pág. 487, en este

De las impugnaciones planteadas se dará traslado<sup>163</sup> al deudor y a los acreedores parte en el Acuerdo de Refinanciación, para que puedan oponerse a las mismas. Se tramitarán de forma conjunta bajo el trámite del incidente concursal<sup>164</sup>. Esto exige que cumpla con una serie de requisitos formales<sup>165</sup>.

Una vez que el Juez de lo Mercantil cuenta con la impugnación de la homologación, y con la oposición del deudor y acreedores partes en el Acuerdo, las examinará. Este enjuiciamiento versará sobre los motivos de impugnación y sobre si el Acuerdo implica un sacrificio desproporcionado a las entidades financieras que no lo suscribieron<sup>166</sup> (juicio de oportunidad<sup>167</sup>).

---

sentido, cuando dice que el demandante será el acreedor impugnante, y el demandado, el deudor y demás acreedores adheridos. Con ello nos indica que se trata del ejercicio de una acción ex novo. Dicho de otra manera, un proceso diferente al de homologación, el cual sí será contencioso; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 68, cuando dice que la Resolución que homologa el Acuerdo no prevé un sistema de oposición. Sin embargo, una vez emitida, se puede iniciar un incidente de impugnación a fin de permitir a las entidades financieras oponerse.

<sup>163</sup> Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 311, en la que expresamente reconoce que las impugnaciones planteadas deberán ser trasladadas al deudor para que las conteste. Como si fuese una “contestación a la demanda”; HERRERO PEREZAGUA J.F. (2013), **“Las tasa judiciales y la homologación del acuerdo de refinanciación”**, cit., pág. 470, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 502, en este sentido.

<sup>164</sup> Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 311, *“La impugnación deberá tramitarse por el cauce del incidente concursal. La previsión no deja de ser llamativa, pues el incidente concursal es el cauce procesal que se desenvuelve en el seno de un concurso ya declarado, mientras que la impugnación de la homologación del acuerdo de refinanciación se produce antes de que el concurso haya sido declarado.”*; CERVERA M. (2014), **“El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 38, en este sentido; HERRERO PEREZAGUA J.F. (2013), **“Las tasa judiciales y la homologación del acuerdo de refinanciación”**, cit., pág. 470, en este sentido; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN G./TOMÁS TOMÁS S. (2013), **“Impugnación de la homologación del acuerdo de refinanciación”**, cit., pág. 485, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág.501, en este sentido.

<sup>165</sup> Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 311, *“la remisión al cauce del incidente concursal exige dar la forma de demanda al escrito de impugnación, así como proceder a la proposición prueba y, en el caso de que esta no sea documental, instar la celebración de la vista para su práctica. En el caso en que se aporte un informe pericial con la demanda, la solicitud de la celebración de la vista resultará adecuada para que el perito pueda ratificarse en el informe.”*; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 502, en este sentido.

<sup>166</sup> Vid. AZOFRA VEGAS (2012), **“La invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 129 en la que considera que el legislador asume que la extensión coactiva de la espera al acreedor financiero extraño o externo al acuerdo de refinanciación constituye un sacrificio, una merma de derecho que el ordenamiento le atribuye con carácter general, pero está dispuesto a imponerla en aras de la continuación de la actividad del deudor que permita evitar el concurso con la única exigencia de que, a la vista de las circunstancias concurrentes, dicho sacrificio no sea desproporcionado para el acreedor; MARTÍNEZ ROSADO J. (2013), **“Extensión subjetiva de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 96, en la que describe el sacrificio desproporcionado diciendo *“cabe pensar que un sacrificio desproporcionado podrá existir cuando un porcentaje muy alto de crédito se tenga con el mismo acreedor, de manera que éste pueda, a su vez, tener dificultades para pagar a sus*

En el supuesto en que no se hubiere impugnado la Resolución de homologación, el Juzgado dictará Sentencia confirmandola<sup>168</sup>.

---

*propios deudores, etc. En todo caso, el juez tendrá que realizar un juicio de necesidad y no de conveniencia u oportunidad: los efectos que se derivan de la espera deben ser necesarios para preservar los intereses que se intentan proteger (la continuidad de la actividad empresarial), de manera que si se puede lograr el objetivo sin exigir el sacrificio (la espera) se deberá hacer así”;* VIÑUELAS SANZ M. (2013), **“Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación en la Ley 38/2011 (Intereses en juego y opciones de política legislativa)**, cit., pág. 186 en la que se dice que el acuerdo de refinanciación debe ser valorado con cierta flexibilidad, ya que se tendrá que atener a las circunstancias en las que se constituyó; ARA TRIADÚ C. (2013), **“El contenido del acuerdo (I). Los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 149, en este sentido; LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 310, en este sentido; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN G./TOMÁS TOMÁS S. (2013), **“Impugnación de la homologación del acuerdo de refinanciación”**, cit., pág. 490, para una deficiencia de sacrificio patrimonial desproporcionado desde el punto de vista de la comparación entre los acreedores adheridos y los disidentes; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcurso y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 495 y 497, en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 131, en este sentido, añadiendo que tendrá que valorarse sobre el conjunto de operaciones y negocios que conforman el Acuerdo de Refinanciación; CERVERA M. (2014), **“El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 38, en la que explica que el sacrificio desproporcionado no es un concepto que pueda definirse, sino que habrá de ser precisado caso por caso, y también según el tipo de acreedor que lo invoque; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos concursales y refinanciación de deudas”**, cit., págs. 70 y 71, en la que utiliza esta terminología, además de definir como efectuará el Juez el control de, oportunidad.

<sup>167</sup> Vid. **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bracelona de 22 de febrero 2013 núm. 53**, en el que se considera que el Juez realiza un control de oportunidad para ver si la homologación del Acuerdo de Refinanciación supone un sacrificio desproporcionado a los acreedores disidentes del mismo. Precisa que en el caso en que el Plan de Viabilidad asegure el pago íntegro de los acreedores disidentes, no se podrá considerar que el Acuerdo provoque un sacrificio desproporcionado. Por último establece los parámetros a estudiar en este control de oportunidad, diciendo: *“Los parámetros para valorar un eventual supuesto de sacrificio patrimonial desproporcionado serían: a) Los efectos que el acuerdo pretende producir respecto de los acreedores; b) El cómo afecta al pago de su crédito así como sus situación económica o financiera; c) La existencia de gravámenes sobre la totalidad del patrimonio realizable del deudor; y d) La concesión de garantías a los acreedores afectados por el acuerdo que les asegure la recuperación de aquél.”;* **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 10 de abril 2013, núm. 191**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 5 de junio 2012, núm. 153**, en este sentido; **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de León de 21 de marzo 2012, núm. 29**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón de 10 julio 2012, núm. 186**, en este sentido; **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. I de 14 de mayo 2012, núm. 127**, en este sentido; **Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño de 22 de mayo 2013, número de autos 1254/2012**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santan Cruz de Tenerife de 18 de enero 2013, número de autos 44/2013**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mecantil núm. 4 de Jaén de 7 de febrero 2012, núm. 28**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 17 de diciembre 2012**, en el que da un concepto de perjuicio patrimonial en este sentido. Añade que en el caso en que no se prevean esperas en el Acuerdo de Refinanciación, no procederá un control de oportunidad, pues no hay esperas que extender, y por tanto la homologación no afectará a los acreedores disidentes.

<sup>168</sup> Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 307, en la que explica que la impugnación no es un trámite procesa. Tampoco es una oposición. Es el medio por el cual los acreedores disidentes pueden mostrarse en contra a la Resolución que homologa el Acuerdo de Refinanciación. Por ello, si no se presenta

Tras ello, emitirá Sentencia firme<sup>169</sup> homologando en su caso el acuerdo de refinanciación, o bien denegándola, en plazo máximo de 30 días<sup>170</sup>. Ésta no será susceptible de apelación<sup>171</sup>. Será publicada<sup>172</sup> en el BOE y en el Registro Público Concursal. Los efectos de la homologación comienzan desde el día siguiente a su publicación<sup>173</sup>, sin posibilidad de suspensión.

---

impugnación, la Resolución se elevará a definitiva por medio de Sentencia; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 498, en este sentido, haciendo una comparación con el régimen italiano.

<sup>169</sup> Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 312, en la que expone que la Sentencia que resuelve de la impugnación no tiene efectos de cosa juzgada.; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN G./TOMÁS TOMÁS S. (2013), **“Impugnación de la homologación del acuerdo de refinanciación”**, cit., págs. 492 y 493, en la se pronuncia al contrario diciendo que la Sentencia resuelve de la impugnación con efectos de cosa juzgada, con independencia de que sea estimativa o no estimativa de la pretensión impugnatoria.

<sup>170</sup> Es una de las modificaciones de la Ley 17/2014. Así, el apartado 7 de la Disposición Adicional IV de la Ley Concursal dispone que el Juez competente emitirá Sentencia resolviendo sobre las impugnaciones planteadas, en plazo máximo de 30 días. No se precisa el dies a quo de dicho plazo, sin embargo entendemos que comenzará una vez transcurrido el plazo para que el deudor o los acreedores adheridos formulen oposición al incidente de impugnación.

<sup>171</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 503, *“La sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación, no será susceptible de recurso de apelación y se le dará la misma publicidad prevista para la resolución de la homologación”* [...] *“En principio, el hecho de que en el art. 197.3 LC se reserve el recurso de reposición para las providencias o autos, salvo expresa previsión en contra en la ley, excluiría la posibilidad de interposición de este recurso dada la forma de sentencia que reviste la resolución judicial que resuelve la impugnación”*; LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 312, diciendo que la Sentencia no será recurrible.

<sup>172</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”**, cit., pág. 21e, en la que dice que la Sentencia de homologación del Acuerdo de Refinanciación, será publicada en el Boletín Oficial del Estado. De hecho añade que de esta publicación se derivan los efectos públicos del Acuerdo de Refinanciación; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 503, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 5 de junio 2012, núm. 153**, *“La resolución por la que se apruebe la homologación del acuerdo de refinanciación se adoptará mediante trámite de urgencia en el más breve plazo posible y se publicará mediante anuncio insertado en el Registro Público Concursal y en el “Boletín Oficial del Estado”, por medio de un extracto que contendrá los datos previstos en el párrafo tercero del apartado dos anterior.”*; **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de León de 21 de marzo 2012, núm. 29**, en este sentido; **Auto del Juzgado de Primera Instancia de Logroño de 22 de mayo 2013, número de autos 1254/2012**, en el mismo sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife de 18 de enero 2013, número de autos 44/2013**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 21 de mayo 2012, núm. 244**, en el mismo sentido.

<sup>173</sup> Vid. **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife de 18 de enero 2013, número de autos 44/2013**, *“Los efectos de la homologación del acuerdo de refinanciación se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente en que se publique la sentencia en el Boletín Oficial del Estado.”*; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 5 de junio 2012, núm. 153**, en este sentido; **Auto el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Jaén de 7 de febrero 2012, núm. 28**, en este sentido.

La Sentencia puede resultar de la siguiente manera<sup>174</sup>:

- Desestimativa de la impugnación. Supondrá la confirmación de la Resolución de homologación. Provoca los efectos y medidas de protección explicados anteriormente
- Estimativa de la impugnación. la Resolución será revocada y por tanto el Acuerdo no será homologado. Pero ello no quiere indicar que no sea típico, sino que pierde su carácter de típico particular<sup>175</sup>.

En ejecución del Acuerdo de Refinanciación, el Juez puede decretar la cancelación de los embargos del deudor, siempre que se traten de ejecuciones de deudas afectadas por el Acuerdo homologado.

Una vez es homologado el Acuerdo de Refinanciación, pudiere darse el caso en que el deudor incumpliere su contenido. En este supuesto, cualquiera de los acreedores podrá poner en conocimiento<sup>176</sup> el incumplimiento, ante el Juzgado de lo Mercantil.

Una vez constatado y verificado por el Juez<sup>177</sup>, se podrá solicitar la declaración del concurso, o bien instar ejecuciones individuales contra el deudor.

---

<sup>174</sup> Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN G./TOMÁS TOMÁS S. (2013), “**Impugnación de la homologación del acuerdo de refinanciación**”, cit., págs. 493 y 494, en las que estudia profundamente los diferentes resultados de la Sentencia que resuelve de la impugnación.

<sup>175</sup> Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), “**El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 312, en este sentido.

<sup>176</sup> Vid. DASSO A. A. (2013), “**Ristrutturazione extragiudiziale**”, cit., pág. 243, en la que explica que en caso en que el deudor incumpliere el contenido pactado del Acuerdo de Refinanciación, podrá ponerlo en conocimiento del Juzgado de lo Mercantil. Con ello pretende que el Juez declare por Sentencia el Acuerdo de Refinanciación; CERVERA M. (2014), “**El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 39, en este sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), “**Institutos preconcursales y refinanciación de deudas**”, cit., pág. 69, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil de Santa Cruz de Tenerife de 18 de enero 2013, número de autos 44/2013**, en el que efectivamente considera que cualquier acreedor del deudor concursal, incluso aquellos que hubieren ratificado el Acuerdo de Refinanciación, podrá dirigirse al Juzgado de lo Mercantil que homologó el Acuerdo, para comunicar que se ha incumplido el contenido del Acuerdo. Por supuesto, este acreedor tendrá que acreditar cada una de sus alegaciones sobre el incumplimiento del mismo.

<sup>177</sup> Vid. DASSO A. A. (2013), “**Ristrutturazione extragiudiziale**”, cit., pág. 241, en este sentido. En caso en que se declare el incumplimiento del Acuerdo de Refinanciación, cualquier acreedor podrá instar la declaración de concurso, o bien interponer cuantas acciones individuales para satisfacer sus respectivos créditos; CERVERA M. (2014), “**El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 39, en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), “**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**”, cit., pág. 132, en este sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), “**Institutos preconcursales y refinanciación de deudas**”, cit., pág. 69, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil de Santa Cruz de Tenerife de 18 de enero 2013, número de autos 44/2013**, “*Declarado el incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso o iniciar las ejecuciones singulares. La sentencia que resuelva el incidente no será susceptible de recurso de apelación.*”

El deudor sólo podrá solicitar la homologación judicial del Acuerdo de Refinanciación una vez al año<sup>178</sup>.

## 1.2 Los Acuerdos de Refinanciación en la Legge Fallimentare

El acuerdo de refinanciación, es un instituto preconcursal, que se inserta en el Derecho Italiano en el año 2005, como una forma de solución a la situación de insolvencia de las empresas.

Sin embargo era una figura que antes de su inclusión en la Legge Fallimentare, era ya planteada, e incluso llevada a la práctica. Especialmente a partir de los años noventa, como una solución mucho más efectiva que el propio proceso concursal.

De hecho se consideraba que la solución a la insolvencia del deudor empresario no estaba en el proceso concursal, sino que residía en las figuras extrajudiciales. La figura del concordato preventivo (regulada en los artículos 160 y siguientes de la Legge Fallimentare) era repudiada, pues no conseguía la correcta satisfacción de los intereses y derechos de los acreedores. Tampoco aseguraba la continuidad de la empresa, en el caso en que no se desease la liquidación de su patrimonio.

Ante tal tesitura, la doctrina<sup>179</sup> optaba por soluciones extrajudiciales flexibles. Es decir, una figura legal efectiva basada en el mero carácter negocial del deudor y los acreedores.

Así, se inició un largo debate<sup>180</sup> sobre cuál debía ser la solución a estas críticas, procurando un instituto extrajudicial que eficazmente removiese al deudor

---

<sup>178</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 495, diciendo que *“el deudor sólo podrá solicitar una homologación anual”*; LEÓN F.J. (2014), **“La ineficacia de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 85, en este sentido.

<sup>179</sup> Vid. AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, Edit. Zanichelli, Edizione I, Bologna, pág. 3, en la que expone que la doctrina venía pidiendo una mayor regulación de las soluciones negociales de la crisis de empresa. Esto se debía a que la mayoría de procesos concursales acababan con la liquidación de la empresa, lo que suponía un detrimento de la economía a nivel global; PANZANI L. (1997) **“La gestione stragiudiziale dell’insolvenza”**, Il Fallimento, núm. 6 pág. 554; FRASCAROLI SANTI E (1999). **“Le forme (e gli effetti) degli accordi stragiudiziali per la soluzione delle crisi di impresa”**, Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi di impresa, AAVV a cura di BONFATTI S. e FALCONE G., Milano, pág. 8, donde se muestra claramente la ineficacia del proceso concursal y el mayor uso de los procesos judiciales. En este contexto la autora reclama una solución extrajudicial que asegure el derecho a la defensa de todas las partes en mayor medida que el concordato preventivo.

<sup>180</sup> Vid. VALENSISE P. (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, Collana diretta da SANDULLI M./SANTORO V., edit. G. Giappichelli Editore, Torino, pág. 55 a 73, donde describe cada una de las propuestas de soluciones extrajudiciales, tales como el Auto de la Cámara 7458 de 24 de noviembre del 2000, el Auto de la Cámara 7497 de 14 de diciembre del 2000, Auto de la Cámara 970 de 21 de junio, el Proyecto de la Comisión de Trevisanato de junio

empresario de su estado de insolvencia. Se buscaba la satisfacción plena de los acreedores, además de prever la posibilidad de continuación de la actividad de la empresa.

Este debate culminó con la reforma legal de la Legge Fallimentare por el Decreto Ley (en adelante d.lg) 35/2005<sup>181</sup>, que dio lugar a la Ley 80/2005 de 14 de mayo. Introdujo por primera vez los acuerdos de refinanciación en el Diritto Fallimentare en Italia.

### 1.2.1 Los acuerdos de refinanciación en la Reforma por la Legge 80/2005 de 14 de mayo.

Por todo lo anteriormente expuesto, el legislador italiano en el año 2005 realizó una reforma del Diritto Fallimentare por medio de la Ley 80/2005, en la que se trataba de dar respuesta a todas las críticas que recibía la Legge Fallimentare en cuanto a su efectividad.

Así, la reforma acaecida en el año 2005 introduce, entre otras cosas, la figura de los acuerdos de refinanciación (accordi di ristrutturazione dei debiti) como un instituto preconcursal que se asemeja al concordato preventivo.

A través de esta regulación, el legislador de 2005 procuraba<sup>182</sup> encontrar una solución a la crisis de la empresa, tratando de solventar a su vez los problemas civiles y penales que las soluciones extrajudiciales conllevaban. Por ello procura una

---

de 2003, el Proyecto de la Comisión de Trevisanato-bis de 27 de febrero de 2004 con el Ministro de Economía, el Proyecto de Reforma del Legge-Delega (escrito en italiano por no haber en el Derecho español un figura de igual carácter) de 20 de julio de 2004.

<sup>181</sup> El Decreto-Ley 35/2005 de 14 de marzo, fue casi una transcripción literal del proyecto de reforma por medio del Auto del Senado 1243, aprobado el 23 de diciembre de 2004, para la reforma de la Legge Fallimentare, en lo que se refiere a acuerdos de refinanciación.

<sup>182</sup> Vid. FABIANI M.(2005) **“Le trasformazioni della legge fallimentare”**, *Foro it*, núm. 5, pág 153, diciendo que, ante la cantidad de problemas y riesgos que entrañaba la figura antecesora de los Acuerdos de Refinanciación, es decir los acuerdos extrajudiciales (“concordati stragiudiziali”), el legislador crea la figura del Acuerdo de Refinanciación, dotándolos así de ciertas medidas de protección, además de imbuirlos bajo el principio de seguridad jurídica; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, coordinata da GUERRIERI G., Edizione VI, Edit. CEDAM, Milano, pág. 1228, en la que expone que la reforma del año 2005 potencia las soluciones negociales de la crisis por medio de la introducción de los Acuerdos de Refinanciación; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, *Riv. Giustizia Civile*, núm. 10. Versión descargada de Delure en marzo 2014, pág. 2, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, Edit. Giuffrè, Milano, pág. 9, en este mismo sentido, diciendo que el legislador introdujo los Acuerdos de Refinanciación, como una forma de potenciar la solución negocial de la crisis de empresa; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 4, en este sentido; BRIOLINI F. (2012), **“Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies C.c e sull’art. 182-quarter L. Fall”**, *Riv. Banca Borsa e titoli di credito*, núm. 5 versión descargada en Delure marzo 2014, pág. 2 en este sentido.

regulación de los acuerdos de refinanciación, adecuando toda la Legge Fallimentare a su correcta ejecución y constitución.

Los acuerdos de **refinanciación eran regulados en el artículo 182 bis de la Legg. Fall**, bajo una postura simplista. Se regulaba como un acuerdo entre el deudor empresario y sus acreedores, el cual establecía los mecanismos y negocios necesarios para evitar el estado de insolvencia del deudor.

Para que el acuerdo de refinanciación fuese legal, de conformidad con el artículo 182 bis Legg. Fall, **exigía**<sup>183</sup>:

- Que fuese ratificado por acreedores que representasen al menos el 60% del pasivo del deudor.
- Que fuese acompañado de un plan de actuación sobre la ejecución del acuerdo de refinanciación.
- Que fuese evaluado por un experto independiente sobre la viabilidad del acuerdo de refinanciación y del plan de actuación que lo acompaña. Este experto deberá estar en posesión de los requisitos del artículo 28 y 67 III e) de la Legg. Fall.
- El acuerdo debía además expresar los motivos de su redacción y la finalidad y objetivo que se pretende con el mismo.
- Presentación de una demanda de homologación del acuerdo de refinanciación. Tenía que ir acompañada de la documentación regulada en el art. 160 I Legg. Fall., el informe del experto independiente y el plan de actuación.

Los negocios jurídicos necesarios, y expresamente previstos en el Acuerdo de Refinanciación y en el Plan de Viabilidad para su ejecución, serían **irrevocables**. Eran excluidos de la aplicación del artículo 67 Legg. Fall<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> Vid. BELLO A. (2006) “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare**”, **Riv. Notariato**, núm. 2, pág. 321 ss, en las cuales desarrolla la definición y los requisitos de los acuerdos de refinanciación en 2005, comparando este instituto con el del concordato preventivo, dadas sus similitudes; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., págs. 10 a 35, en las que explica el régimen jurídico de los Acuerdos de Refinanciación en el año 2005.

<sup>184</sup> Vid. GUERRIERI G. (2012), “**Il controllo giudiziale sui piani attestati**”, **Riv. Giurisprudenza Commerciale**, núm. 3 versión descargada de Delure en marzo 2014, pág. 3, en la que el autor dice que la irrevocabilidad de los Acuerdos de Refinanciación es introducida en el año 2005. Es decir, los Acuerdos de Refinanciación cuando nace en la legislación italiana, son irrevocables; BRIOLINI F. (2012), “**Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies C.c e sull’art. 182-quarter L. Fall**”, cit., pág. 2, en este sentido.

Fueron **otras las modificaciones introducidas por la reforma del año 2005**, como son<sup>185</sup>:

- Modificación del ejercicio de la acción revocatoria concursal, por medio de la nueva redacción del artículo 67, párrafo 1 (67 comma 1) de la Legge Fallimentare, adecuándolo a la disciplina del acuerdo de refinanciación.
- Modificación de la figura del concordato preventivo<sup>186</sup> en ciertos aspectos, tales como: condiciones de admisión, la demanda de concordato preventivo, la admisión de la demanda, la mayoría necesaria para la aprobación del concordato preventivo y el juicio para su homologación).

Sin embargo, la doctrina<sup>187</sup> **criticaba** la reforma efectuada para regular los Acuerdos de Refinanciación. Le reprochaba al legislador la falta de una delimitación de los Acuerdos con otras figuras conexas. También la parquedad del legislador a la hora de delimitar los requisitos del Acuerdo de Refinanciación. La ausencia de disposiciones o precisiones sobre los Acuerdos de Refinanciación en Grupos de Sociedades. Incluso la no especificidad de la naturaleza jurídica de los Acuerdos de Refinanciación.

---

<sup>185</sup> Vid. VALENSISE P. (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., pág. 73, en la que hace una breve enumeración de cada una de las reformas introducidas por la Ley 80/2005 de reforma de la Legge Fallimentare.

<sup>186</sup> La figura del concordato preventivo, se asemeja en nuestro derecho español al convenio preconcursal, por el cual el deudor puede realizar una propuesta de convenio anterior a la declaración de concurso.

<sup>187</sup> Vid. PRESTI G. (2008) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo”, Le nuove procedure oncorsuali. Dalla riforma “organica” al decreto “correttivo”**, AAVV (a cura di AMBROSINI S.), Bologna, pág. 563 ss, el cual considera, expone a lo largo de estas páginas varias de las deficiencias de la regulación de los acuerdos de refinanciación; VALENSISE P. (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., pág. 77, donde enumera todas las críticas que se efectuaron a la regulación de los acuerdos de refinanciación en el año 2005. La lista que reúne el autor, es mucho más larga, sin embargo, hemos destacado las más significativas, pues sin su correcta regulación no se puede llevar a la práctica un acuerdo de refinanciación en los términos legales; GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, Edit. Maggiore Editore, Edizione II, Dogana, pág. 40, en la que critica la reforma del año 2005 por no delimitar la naturaleza jurídica de los Acuerdos de Refinanciación, por no precisar los requisitos para su constitución y por no esclarecer una definición o concepto legal de los Acuerdos de Refinanciación; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, Edit. Giuffrè, Milano, pág. 20, en la que critica la reforma del año 2005 diciendo que era muy parca en palabras, además de utilizar conceptos jurídicos indeterminados, entre otros; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 33 y 34, en las que critica, en primer lugar la desprotección de la fase negocial de los Acuerdos de Refinanciación. Igualmente criticaba que los Acuerdos de Refinanciación no gozaban de una mayor protección que otras soluciones negociales de la crisis de empresa. Esto los hacía poco apetecibles para su adopción.

Es por ello por lo que el legislador vuelve a reformar la Legge Fallimentare por medio del Decreto Legislativo (en adelante d. lgs) 169/2007 de 12 de septiembre.

### 1.2.2 Los Acuerdos de refinanciación tras la reforma del año 2007.

Habida cuenta de las numerosas críticas que había recibido la reforma de la Legge Fallimentare, por el d.lg. 35/2005, elevado a Ley 80/2005, el legislador optó por una nueva reforma. Con ella se perseguía solventar todos los problemas y vacíos legales de que adolecía la anterior regulación. Así surge el d.lgs 169/2007 de 12 de septiembre.

Por medio de esta reforma, **el legislador procura** la plena protección de los acuerdos de refinanciación en cada una de sus fases. Es decir, tanto en la negociación del acuerdo, como durante su homologación.

Ésta era una reforma ingente del ya mencionado artículo 182 bis Legg. Fall., ya que la modificación se centra en un rediseño de los acuerdos de refinanciación.

Las **novedades**<sup>188</sup> que introdujo esta modificación de la Legg. Fall., pueden catalogarse en las siguientes:

- Delimitación de los presupuestos objetivos y subjetivos del acuerdo de refinanciación, asemejándolos a los de la figura del concordato preventivo<sup>189</sup>.

---

<sup>188</sup> Vid. RACUGNO G. (2009) “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, *Giur. Comm.*, núm. 4, pág. 661 ss, en las cuales esboza un breve resumen de la regulación de los acuerdos de refinanciación tras la reforma de la Legge Fallimentare por el d.lgs. 169/2007; BONFATTI S. (2013), “**Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa**”, en **Soluzione negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi**, AAVV a cura di BONFATTI S./FALCONE G., Edit. Giuffrè, Milano, pág. 47, en este sentido; BOGGIO L. (2009) “**Gli accordi di ristrutturazione: il primo tagliando a tre anni dal decreto competitività**”, *Banca Borsa tit. Cred.*, núm. 9, pág. 47 a 50, en las que enumera las reformas introducidas por el legislador en el año 2007, y explica cada una de las novedades; VALENSISE P. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit. pág. 78, en la cual el autor realiza un listado de todas las novedades que introduce el legislador por medio del d.lgs. 169/2007; GALLARDO M. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa**”, cit., pág. 40, en este sentido indicando las modificaciones que introdujo la reforma legal del 2007 sobre los Acuerdos de Refinanciación; MARCHEGIANI L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**”, cit., págs. 21 a 27 en este sentido.

<sup>189</sup> Vid. APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., pág. 53, en este sentido, diciendo que en el año 2007 se aclarificó por primera vez el presupuesto objetivo del Acuerdo de Refinanciación, es decir, el “stato di crisi”; MARCHEGIANI L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**”, cit., pág. 21, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., págs. 35 y 36, en este sentido, especificando además los presupuestos subjetivo y objetivo del año 2007.

- Nueva redacción de los requisitos y procedimiento a seguir para la presentación de la demanda de homologación del acuerdo de refinanciación. La antigua redacción se consideraba “oscura”, puesto que hablaba de la presentación de una demanda de homologación, sin embargo no establecía unos requisitos taxativos para su presentación.
- Regulación de los requisitos necesarios que debía cumplir el experto independiente que evaluase el acuerdo de refinanciación<sup>190</sup>.
- Definición del término “pago regular”<sup>191</sup> de los acreedores no adheridos al acuerdo, considerándolo como una plena satisfacción de sus créditos.
- Introducción de una medida de protección<sup>192</sup> consistente en la prohibición de ejercitar acciones ejecutivas o cautelares durante los 60 días siguientes a la publicación de la demanda de homologación del Acuerdo de Refinanciación.

<sup>190</sup> Vid. BOGGIO L. (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione: il primo “tagliando” a tre anni dal “decreto competitività”**, cit., pág. 49, en la cual el autor comenta la innovación introducida por la reforma legal de 2007. Concretamente hace hincapié en la modificación del artículo 67 III d) Legg. Fall., el cual es reformado para una mejor regulación del experto independiente que evalúa el acuerdo de refinanciación y el plan de actuación que lo acompaña. La reforma se materializa en la remisión legislativa que hace este precepto al artículo 28 a) y b) Legg. Fall. previstos para il curatore fallimentare, además de todas las pesquisas que establece para ser experto independiente; GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa”**, cit., pág. 130, en la que dice que en la reforma del año 2007 es donde se precisan los requisitos para la designación del experto independiente; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 22, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 43, en este sentido.

<sup>191</sup> Vid. BOGGIO L. (2009) **“Gli accordi di ristrutturazione: il primo “tagliando” a tre anni dal “decreto competitività”**, cit., pág. 52, en la que considera que establece que finalmente el legislador soluciona el vacío legal sobre el pago a los acreedores que no se han adherido al acuerdo de refinanciación, diciendo *“i creditori estranei debbano essere pagati con l’osservanza delle modalità e delle scadenze originariamente pattuite con gli stessi e, se già scaduti, senza ulteriori ritardi (e con gli interessi) a prescindere dal grado di privilegio o dalla chirografata del credito in questione”*; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 25, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 47 y 48, en este sentido.

<sup>192</sup> Vid. DASSO A. A. (2013), **“Ristrutturazione extragiudiziale”**, cit., pág. 247, *“Cosí succede anche nella legislazione italiana nella quale il sistema originario non sospensivo del 2005 è stato integrato dal Decreto Legislativo 169 del 2007 determinando che dalla data della sua pubblicazione e per 60 giorni si sospende la pratica, e in caso necessario l’inizio delle azione esecutive e delle misure cautelari”*; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 47, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 85, en este sentido.

A pesar de la reforma de la Legg. Fall., en lo que se refiere a los acuerdos de refinanciación, **la doctrina<sup>193</sup> criticó duramente la actividad del legislador.** Concretamente por la falta de elementos protectores de la fase de negociación<sup>194</sup> del acuerdo de refinanciación.

También se reprochaba al legislador la falta de incentivación para la contratación de nueva financiación. Se consideraba que no se había introducido un aliciente de peso para animar a las entidades financieras a que le concediesen al empresario nueva financiación con la que hacer efectivo el acuerdo, además de poder evitar así el estado de crisis.

En último lugar, la doctrina<sup>195</sup> consideraba que el legislador había sido parco en palabras a la hora de regular todos los aspectos fiscales y tributarios del acuerdo de refinanciación. Este pensamiento se debía a la laxa redacción del artículo 182 ter Legg. Fall., que apenas regulaba esta situación extraordinaria del deudor.

Es por ello por lo que el legislador optó por la nueva reforma de la Legg. Fall., por medio del d.l. 78/2010 de 31 de mayo, convertido en la Ley 122/2010 de 30 de julio.

### **1.2.3 Los acuerdos de refinanciación en la etapa legislativa de 2010.**

**El legislador, por medio de esta reforma pretendía<sup>196</sup>** hacer más asequible la perfección del acuerdo de refinanciación (a través de una regulación más exhaustiva de las medidas de protección de los acuerdos y de los negocios y garantías que lo acompañaban) e incentivar a las entidades financieras a la concesión de préstamos o

---

<sup>193</sup> Vid. VALENSISE P. (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., pág. 80 y 81, en las que recoge todas las críticas y defectos que la reforma de la Legg. Fall, por el d.lgs. 169/2007, padecía. Estas reformas fueron el motivo principal para una posterior reforma en el año 2010; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 86, en este sentido.

<sup>194</sup> Vid. BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 38, en la que critica la reforma del año 2007 por proteger tan solo las fases de homologación y ejecución del Acuerdo de Refinanciación, dejando de lado la fase de negociación del mismo; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 86, en este sentido.

<sup>195</sup> Vid. AMBROSINI S. (2011) **“Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella l.n. 122/2010”, Fallimento**, núm. 6, pág. 641, donde opina que el legislador no ha regulado en profundidad un aspecto tan necesario como es el contenido fiscal y tributario del acuerdo de refinanciación;

<sup>196</sup> Vid. Valensise P. (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., pág. 84, en la que establece como el legislador, ante las críticas efectuadas a su actuación modificadora, procura dotar a los acuerdos de refinanciación de una mayor viabilidad práctica, adecuándolos así al momento de coyuntura social y económica que en el 2010 se vivía.

nueva financiación, en el marco de un acuerdo de refinanciación (considerando estos créditos como prededucibles).

Así, la reforma efectuada por el artículo 48 de la Ley 122/2010 de 30 de julio, para la reforma de la Legg. Fall., **introdujo una serie de modificaciones en el artículo 182 bis** y siguientes de la Legg. Fall., como fueron<sup>197</sup>:

- Introducción de la posibilidad de presentar una demanda al Tribunal, acompañada de un proyecto del acuerdo de refinanciación. Se perseguía obtener cierta protección frente a las posibles acciones cautelares o ejecutivas que los acreedores pudieran interponer contra el deudor, durante los 60 días que dura la protección<sup>198</sup>.
- La introducción de un artículo 182 quarter en la Legg. Fall., el cual preveía que la nueva financiación que se concediese al deudor, con la finalidad de hacer efectivo el acuerdo de refinanciación, será crédito prededucible<sup>199</sup>,

---

<sup>197</sup> Vid. VALENSISE P. (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., pág. 83, en la que realiza un elenco de las modificaciones introducidas por el legislador en el año 2010; GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., págs. 43 a 47, en las que explica las modificaciones que se han efectuado en el año 2010 sobre el régimen legal de los Acuerdos de Refinanciación; MARCHEGANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., págs. 27 y 28, en este sentido

<sup>198</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1228, en la que comenta que la demanda de protección anticipada del Acuerdo de Refinanciación, fue introducida en el año 2010, como respuesta a las críticas doctrinales del momento. En éstas críticas, se decía que las fases de homologación y ejecución estaban protegidas por los “escudos protectores” del Acuerdo, sin embargo la fase negocial no. Es la fase más delicada, ya que en ella se fragua el contenido del Acuerdo. Por ello se introdujo en 2010 esta medida de protección; INZITARI B. (2011), **“Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis L. Fall.: Natura, profili funzionale e limiti dell’ opposizione degli estranei e dei terzi”**, *Riv. Dottori Comm.*, núm. 4, pág. 824 a 826, en este sentido; GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., pág. 43, donde dice que esta medida de protección fue introducida en el año 2010; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 47, en este sentido; MARCHEGANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 27, en este sentido; BOGGIO L. (2009) **“Gli accordi di ristrutturazione: il primo “tagliando” a tre anni dal “decreto competitività”**, cit., pág. 50, en este sentido; CASTIELLO D’ANTONIO A. (2013), **“Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali”**, cit., pág. 314, en este sentido; BRIOLINI F. (2012), **“Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies C.c e sull’art. 182-quarter L. Fall”**, cit., pág. 2, en este sentido; **Corte d’Appello di Potenza di 19 di ottobre 2005**, en este sentido.

<sup>199</sup> Vid. Inzitari B. (2011) **“Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis L. Fall.: Natura, profili funzionale e limiti dell’ opposizione degli estranei e dei terzi”**, cit., pág. 827 y 828, en las que define la prededucibilidad como un privilegio o aliciente a la nueva financiación que traiga causa en la ejecución del acuerdo de refinanciación. Introducida por el legislador en 2010, por la cual se consideran prededucibles, en caso de declaración de concurso. **1.** La financiación obtenida en ejecución del acuerdo de refinanciación. **2.** La financiación concedida en función de la demanda de homologación del acuerdo de refinanciación, siempre que así lo disponga el mismo acuerdo. **3.** La financiación concedida tras la demanda de homologación, para la ejecución del acuerdo. **4.** Los honorarios del experto independiente que evalúa el acuerdo de refinanciación y el plan de

en el caso de declararse el concurso del deudor. Para ello el legislador se remite al artículo 111 Legg. Fall. Éste era el mayor aliciente a la ratificación del Acuerdo de Refinanciación, ya que se consideraba como una compensación por el riesgo sufrido por estos nuevos acreedores.

- La introducción de un artículo 217 bis Legg. Fall., el cual regulaba la exención del delito de bancarotta<sup>200</sup>, cuando el acuerdo de refinanciación fuese homologado.

A pesar de los intentos de mejorar la regulación de los acuerdos de refinanciación, la reforma que introdujo la Ley 122/2010, a la Legg. Fall., **fue duramente criticada.**

Se consideraba que el procedimiento a seguir para la constitución de un acuerdo de refinanciación era demasiado “farragoso”<sup>201</sup>. Se pensaba que la protección que se daba al deudor, en la fase de negociación del acuerdo de refinanciación, era muy escasa.

También fue duramente criticado el aspecto de la prededucibilidad, ya que era considerada como una violación al principio de la “par conditio creditorum”, además de desconocerse el encuadramiento de este privilegio.

A las anteriores críticas doctrinales, se añadieron otras, que motivaron la reforma del régimen de los acuerdos de refinanciación, y las cuales fueron<sup>202</sup>:

---

viabilidad que lo acompaña. 5. Todas las anteriores, cuando provengan de los socios del empresario deudor.; BONFATTI S. (2013), “**Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa**”, cit., pág. 71, en este sentido; BASSI A. (2011) “**La illusione della prededuzione**”, *Riv. Giur. Comm.*, núm. 3, pág. 344 y 345, en este sentido; DIDONE A. (2013), “**La prededuzione dei crediti tra nuovo art. 111 e nuovo art. 182-quarter L. Fall. Prima e dopo la L.N. 134 del 2012**”, *Riv. Giustizia Civile*, núm. 1 versión descargada de Delure en marzo 2014, pág. 2, en la que dice que el privilegio de la prededucibilidad se introduce con la reforma del año 2010; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., págs. 1229 y 1271, en este sentido; BRIOLINI F. (2012), “**Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies C.c e sull’art. 182-quarter L. Fall**”, cit., pág. 2, en este sentido; DEL GIUDICE F. (2012), “**Legge Fallimentare Esplicata: la normativa spiegata Articolo per Articolo**”, cit., pág. 266, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., págs. 92 a 99, en la que se dice que fue introducido en el año 2010. En las sucesivas páginas explica el régimen de la prededucibilidad en el año 2010, en este sentido.

<sup>200</sup> Vid. AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., pág. 99, en la que explica las novedades en materia penal, introducida en el año 2010.

<sup>201</sup> Vid. VALENSISE P. (2012) “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit., pág. 84, donde el autor utiliza el término “*farraginoso e poco agile*” para decir que el procedimiento para celebrar el acuerdo de refinanciación era muy lento y dificultoso, debido a la cantidad de documentación que se debía reunir para su correcta constitución.

<sup>202</sup> Vid. Valensise P. (2012) “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit., pág. 87, en la que el autor enumera, en modo de lista estas causas; GALLARDO M. (2012), “**Gli**

- La falta de una disciplina que facilitase la posibilidad de continuación de la actividad del empresario deudor y los contratos que están en curso.
- La ausencia de unos requisitos restrictivos y de mayor peso que asegurasen la independencia del experto que evalúa el acuerdo de refinanciación.
- La falta de una disciplina que permitiese la inaplicación de las disposiciones legales en materia de disminución de capital social, para cuando se estaba tramitando un acuerdo de refinanciación, o un concordato preventivo.

Por todos estos motivos, la doctrina mayoritaria<sup>203</sup> consideró que la reforma efectuada no fue suficiente, y que debía realizarse otra, a fin de poder dar solución a tales cuestiones.

### 1.2.4 Los acuerdos de refinanciación en el año 2012.

Así surge el d.l. 83/2012 de 22 de junio, convertido en la Ley 134/2012 de 7 de agosto de 2012, para la modificación de la Legge Fallimentare, siendo ésta la última reforma efectuada y por consiguiente, la legislación en vigor.

La reforma en materia de acuerdos de refinanciación se dispone en el artículo 33 de este d.l. 83/2012, en la que se introducen una serie de **innovaciones** como son las siguientes<sup>204</sup>:

---

**accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l'impresa**", cit., pág. 47, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), "**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**", cit., págs. 105 y 106, en este sentido.

<sup>203</sup> Vid. JORIO A. (2011) "**Le soluzioni alternative al fallimento e la conservazione dell'impresa**", La riforma de la Legge Fallimentare, AAVV (a cura di FORTUNATO S., GIANNELLI G., GUERRERA F. e PERRINO M.) Milán, pág. 15 a 20, en las que establece varias deficiencias de la reforma legal de 2010 en lo que refiere a los acuerdos de refinanciación, tales como: la insuficiencia de la medida de protección de 60 días, la reconducibilidad de la prededucibilidad a la declaración del concurso, la falta de disposiciones legales que eximan de la aplicación de ciertos tipos penales, etc.; BENINCASA D. (2011) "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis Legg Fall., Le procedure concorsuali**", AAVV a cura di CAIAFA A. e coordinato da MATEIS S. e SCARAFONI S. Pádua, pág. 1420 a 1423; GALLARDO M. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l'impresa**", cit., pág. 47, en este sentido.

<sup>204</sup> Vid. PACCHI S. (2013), "**La quinta etapa de la reforma concursal italiana**", Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 18, pág. 378 a 383, comentando cada una de estas novedades introducidas por la reforma de la Legge Fallimentare en 2012, enumerando las siguientes: **1.** "el papel central que desempeña la certificación que debe acompañar al plan del concordato preventivo, al acuerdo de reestructuración, o al plan de saneamiento, certificación que debe ser redactada por un profesional designado por el deudor, independiente de las partes, y que se encuentre en posesión de los requisitos para ser nombrado curador, tal y como prevé el art. 67, apartado 3, letra d) L.F."; **2.** "la protección de las operaciones llevadas a cabo en el contexto de uno de los instrumentos preventivos frente al riesgo de la acción revocatoria y de la bancarotta";

- La reforma del artículo 67 III e) Legg. Fall. concediendo la protección de los negocios que acompañan al Acuerdo de Refinanciación. Esta protección comienza desde la publicación del acuerdo de refinanciación.
- La nueva reformulación del artículo 182 bis Legg. Fall. Se especifica que el experto independiente no solo tiene que evaluar el acuerdo de refinanciación y su plan de viabilidad, sino que también tendrá que constatar la veracidad de los datos de la empresa<sup>205</sup>, además de exponer la actuabilidad del acuerdo de refinanciación en los términos expuestos en el artículo 182 bis I a) y b) Legg. Fall.
- Una reforma del artículo 182-quarter de la Legge Fallimentare<sup>206</sup>, hasta el punto de haber sentado un auténtico privilegio de prededucibilidad del crédito.
- La introducción del artículo 182 quinquies, el cual establece una serie de posibilidades del deudor para fomentar y facilitar la continuidad de la actividad empresarial.
- La creación de un artículo 182 sexies, por el cual se inaplicarán las disposiciones del Código Civil en materia de reducción del capital social. Para ello, será necesario que el empresario se halle tramitando, o ya haya homologado, un acuerdo de refinanciación o un concordato preventivo

---

3. *“El apoyo que se concede a la nueva financiación concedida por los invitados a la mesa de la negociación con la oferta de la prededución”*; 4. *“La posibilidad de anticipar el marco de las acciones ejecutivas y cautelares al momento de la negociación”*; VALENSISE P. (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., pág. 88 a 90, en las que se comentan las reformas y novedades introducidas por la reforma de la Ley 134/2012 de 7 de agosto, en lo que se refiere a los acuerdos de refinanciación; GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, en **Soluzioni negoziale della crisi d’impresa dopo il decreto sviluppo ( L. 134/2012**, AAVV, dirigida por GIORGETTI M. con la colaboración de LOCATELLI F., Edit. Cedam, pág. 36, en este sentido, haciendo un listado de cada una de las reformas del régimen de los Acuerdos de Refinanciación en 2012.

<sup>205</sup> Vid. APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 60, en la que dice que, antes de la reforma del año 2012, la doctrina consideraba necesario hacer una verificación previa de los datos del deudor. De lo contrario no podría emitirse un informe correctamente. Fue por ello que en el año 2012 fue introducida esta exigencia; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 125, en este sentido.

<sup>206</sup> Vid. AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 139, en la que explica que tras la reforma del año 2012, se ha ampliado significativamente el ámbito subjetivo del privilegio de la prededucibilidad; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1271, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 45, en este sentido.

- La creación de una nueva figura delictiva, el delito de “*falso en attestazioni e relazioni*”, reconocido en el nuevo artículo 236 bis Legg. Fall., y que puede ser cometido por el experto independiente.

El **acuerdo de refinanciación, en derecho italiano, se considera**<sup>207</sup> como un acuerdo entre el deudor empresario y sus acreedores, por el cual se pactan una serie de condiciones y modificaciones de los créditos, a fin de poder evitar la apertura de un proceso concursal, y asegurando el pago íntegro<sup>208</sup> de los acreedores en los siguientes plazos<sup>209</sup>:

<sup>207</sup> Vid. TRENTINI C. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, Monografía en **Fallimento e le altre procedure concorsuali**, a cura di LO CASCIO G./FABIANI M./PATTI A., edit. IPSOA, Milanofiori Assago, pág. 21 a 29, en las cuales el autor analiza el concepto de “acuerdo” de “reestructuración” de la “deuda” (accordi di ristrutturazione dei debiti), por separado, para finalmente poder juntar todos estos conceptos, encuadrándolos en el marco del proceso concursal; PACCHI S. (2013), “**La quinta etapa de la reforma concursal italiana**”, cit., pág. 376 en el mismo sentido, diciendo que los acuerdos de refinanciación es el centro de las soluciones extrajudiciales, o semijudiciales, ya que, por medio de éste, se consigue la plena satisfacción de los acreedores, sin necesidad de acudir al procedimiento concursal. Los denomina semijudiciales porque, aún siendo redactados por las partes contractuales, será preciso que sean homologados por el Juez competente, quien evalúa el cumplimiento de los requisitos legales, recogidos en el artículo 182 bis de la Legge Fallimentare; TRONCI L. (2013), “**Perdita della continuità aziendale e strategie di risanamento**”, **Riv. Giurisprudenza Commerciale**, núm. 6, versión descargada de Delure marzo 2014, pág. 8, en este sentido, diciendo que lo más importante sobre un Acuerdo de Refinanciación, es que asegure el pago íntegro de los acreedores que no lo han firmado; GALLARDO M. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa**”, cit., pág. 40, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**”, cit., págs. 29 y 183, en este sentido, dándole la consideración de un contrato cualificado con la finalidad de evitar la declaración de concurso, por medio de la satisfacción íntegra de los acreedores disidentes del mismo. Expone que la finalidad del Acuerdo de Refinanciación es la extinción de la deuda reestructurada (representada por el 60% del pasivo) y el pago de la deuda de los acreedores disidentes, evitando así la declaración de concurso; DASSO A. A. (2013), “**Ristrutturazione extragiudiziale**”, cit., pág. 246, en este último sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1229, en la que explica el Acuerdo de Refinanciación como un negocio entre el deudor y sus acreedores, con la finalidad de evitar el concurso. Añade que quiebra el principio de indisponibilidad de la crisis de empresa.

<sup>208</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1239, en la que explica lo que significa “pago íntegro de los acreedores”. Explica que anteriormente se exigía el pago regular de los acreedores, lo que se entendía como un pago según los plazos y medios pactados. Actualmente considera que el pago íntegro de los acreedores implica satisfacer a los acreedores disidentes en su cuantía total. No es preciso que se tenga que hacer en el plazo pactado, ni tampoco con los medios pactados, de hecho el pago puede realizarse con medios normales y anormales. Sólo implica el pago total de los acreedores dentro del plazo establecido en el artículo 182-bis I letras a) y b) Legg. Fall; GIORGETTI M. (2013), “**Accordi di Ristrutturazione**”, cit., pág. 43, en este sentido, definiendo el pago íntegro como “*pagare non più alla scadenza originariamente prevista i creditori estranei, ma con un ritardo (massimo) di quattro mesi: si abbandona, pertanto, il concetto di regolarità in senso cronologico e non solo in senso quantitativo con riferimento all’interesse*”; APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., pág. 63, en la que define el pago regular e íntegro de los acreedores, como el pago de la cuantía completa del crédito restante; MARCHEGIANI L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**”, cit., pág. 144, en la que define el pago íntegro de los acreedores como el pago de las deudas en los términos pactados, dentro del plazo que establece el artículo 182-bis Legge Fallimentare; AMBROSINI S. (2012),

- En los 120 días siguientes a la homologación del Acuerdo, para los créditos vencidos.
- En los 120 días siguientes a la fecha de su vencimiento, para los créditos no vencidos.

La doctrina considera que estos plazos deben ser examinados como una moratoria legal<sup>210</sup>. Los acreedores no adheridos al Acuerdo no podrán ejercitar acciones individuales para la realización de su crédito en tanto no hayan transcurrido estos 120 días para el pago. En este plazo, no se generarán intereses de la deuda<sup>211</sup>.

Se basa en la autonomía privada de la voluntad<sup>212</sup>, puesto que la legislación no establece un contenido mínimo del mismo. Esto se debe a que a lo largo de su

---

**“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”, cit., pág. 112**

<sup>209</sup> Vid. GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., pág. 43, en este sentido, haciendo un comentario del artículo 182-bis, párrafo 1, letras a) y b), en la que se regulan los plazos en que el Acuerdo ha de ser idóneo para el pago íntegro de los acreedores no adheridos; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1238, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 68, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 25, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 11 y 112, en este sentido.

<sup>210</sup> Vid. AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 112 y 114. Expone que *“Ma la vera portata dirompente della norma consiste nell’imposizione ai creditori estranei di una moratoria legale di quattro mesi, decorrente dall’omologazione ovvero dalla data di scadenza a seconda che si tratti di crediti scaduti o meno al momento dell’omologazione.”*. Continúa diciendo que por medio de esta moratoria legal, se le da mayor importancia a la correcta ejecución del Acuerdo de Refinanciación, por encima de los intereses de los acreedores disidentes. Sin embargo, una vez transcurrido este plazo, éstos podrán ejercitar cuantas acciones consideren oportunas, o incluso solicitar la declaración de concurso; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1255, en este sentido; GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., pág. 43, en este sentido. Añade que esta es una de las manifestaciones del carácter público del Acuerdo de Refinanciación.

<sup>211</sup> Vid. AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 115 y 116, en las que explica que durante los 4 meses que dura la moratoria del pago, no se generan intereses crediticios, pues ello supondría un contrasentido con la filosofía del Acuerdo de Refinanciación.

<sup>212</sup> Vid. Valensise P. (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., pág. 375 a 377, en la que considera que el acuerdo de refinanciación no tiene un contenido tasado o regulado por el legislador. Su contenido será pactado entre el deudor y los acreedores adherentes, pudiendo acudir a varios instrumentos para la refinanciación. Estos instrumentos dependerán del objetivo que persiga el acuerdo de refinanciación, bien sea liquidatorio o de continuidad empresarial. En todo caso debe ser óptimo para satisfacer plenamente los intereses de los acreedores que no se han adherido al acuerdo de refinanciación; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 6, en la que expresamente dice que los Acuerdos de Refinanciación se basan en la autonomía de la voluntad. Así, las partes acuerdan su contenido para homologarlo posteriormente, siempre que cumplan con los requisitos legalmente establecidos, y que en ningún caso afectan al contenido del mismo; GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., pág. 66,

tramitación, será evaluado en diferentes ocasiones. Es independiente el contenido del clausulado<sup>213</sup> del Acuerdo de Refinanciación. Sin embargo siempre tendrá que ser idóneo para la satisfacción de los acreedores ajenos al Acuerdo<sup>214</sup>.

La doctrina<sup>215</sup> considera que el Acuerdo es un proceso dividido en fases. La primera de ellas es la negocial, caracterizada por la autonomía de la voluntad de las

---

quien tras decir que el contenido del Acuerdo de Refinanciación es libre, expone lo que para el autor es el contenido lógico del Acuerdo; BONFATTI S. (2010), **“Los paraguas protectores de los acuerdos extrajudiciales para prevenir y superar la crisis de la empresa en las reformas de las leyes concursales española e italiana”**, cit., pág. 400, en este sentido; GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., pág. 39, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., págs. 79 y 83, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., págs. 175 a 177, en este sentido. Añade que la Legge Fallimentare nos pone varios ejemplos de contenido del Acuerdo de Refinanciación, como es el fresh money, la adquisición de la cualidad de socio, etc. Igualmente dice que el Acuerdo en sí consta de dos partes: 1. La historia de la empresa, y las circunstancias que la han llevado a la actual situación; 2. Las medidas que se han negociado para solucionar el estado de crisis; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., págs. 1237 y 1238, en este sentido. Añade que en base a esta autonomía privada de la voluntad, se llama “Acuerdo”. En la página 1237 expone varios ejemplos del posible contenido del Acuerdo de Refinanciación; **Cassazione, Sez. Unita di 23 di gennaio 2013, num. 1521**, en la que se dice que los Acuerdos de Refinanciación no tienen un contenido tasado o fijo. Cada uno tendrá que redactarse de común acuerdo con las necesidades del deudor y de los acreedores.; **Tribunale di Ravenna, Sez. Fallimentare di 10 ottobre 2013**, en el mismo sentido.

<sup>213</sup> Vid. GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., págs. 66 y 70 a 76, en el mismo sentido. En las páginas 70 a 76 agrupas las posibles cláusulas que puede contener el Acuerdo de Refinanciación, a saber: 1. Cláusulas de negociación para evitar la declaración de concurso; 2. Para establecer una supervisión de los acreedores sobre la ejecución del Acuerdo de Refinanciación; 3. Cláusulas resolutorias expresas; 4. Cláusulas por las que frente a determinadas condiciones los acreedores pueden desdecirse en la ratificación prestada; 5 Cláusulas de ius variando; 6. Obligaciones de los acreedores; 7. Cláusulas para la obtención de nueva financiación (fresh money); 8. Pactum non petendo; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 177, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 11 a 13, en este sentido.

<sup>214</sup> Vid. DANOVI A./MASETTI M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Il caso SNIA”**, **Riv. Dottori Comm.**, núm. 1, pág. 90, donde dice que *“il contenuto degli accordi è definito dal debitore insieme con i creditori aderenti, in piena autonomia, fermo restando il rispetto di alcune caratteristiche essenziali: a) Raccogliere il consenso di tanti creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti b) Dimostrare la concreta possibilità di realizzazione e c) Essere idonee a pagare integralmente i terzi non aderenti.”*; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1238, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 80, en este sentido. Dice que el contenido del Acuerdo de Refinanciación es libre, sin embargo tiene que ser idóneo para la satisfacción de los acreedores en los términos del artículo 182-bis I Legge Fallimentare; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 141, en la que dice que el Acuerdo de Refinanciación es un contrato de contenido libre, que ha de cumplir con unos requisitos tasados en la Ley.

<sup>215</sup> Vid. GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., pág. 37, *“Ed infatti la struttura in esame si articola in due fasi, la prima delle quali meramente privata e stragiudiziale, la seconda invece giudiziale e sfociante nell’omologazione, con la quale viene attribuita efficacia e stabilità all’accordo medesimo, prevedendo altresì l’esenzione da azione revocatorie in un eventuale*

partes y la elaboración del contenido del Acuerdo en cumplimiento de los requisitos legales. La segunda de ellas es la fase judicial, en la que se procura la homologación del Acuerdo de Refinanciación. La tercera es la fase de ejecución del Acuerdo de Refinanciación, que culminará con la plena satisfacción de los acreedores disidentes.

Respecto a la **naturaleza jurídica** de este instituto preconcursal, se diferencian dos posturas<sup>216</sup>:

- **La tesis autonomista:** defiende que los acuerdos de refinanciación son un mero instituto negocial, en el que las partes que lo suscriben deciden los términos y extremos del mismo. Se basa en asemejar el acuerdo de refinanciación a un contrato bilateral plurisubjetivo<sup>217</sup> con elementos

---

*successivo fallimento*"; APPIO C. L. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione del debito**", cit., pág. 146, en la que distingue en vez de dos fases, tres. La negocial, la publicación y la homologación judicial. Separa la publicación de la de homologación, habida cuenta de que por sí sola es capaz de producir efectos (automatic stay); BONFATTI S. (2013), "**Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d'impresa**", cit., págs. 46 y 47, en este sentido recalca que el Acuerdo se divide en tres fases; MAFFEI ALBERTI A. (2013), "**Commentario breve alla Legge Fallimentare**", cit., pág. 1230, en la que explica que el Acuerdo de Refinanciación está dividido en dos fases. La primera la fase negocial, donde prima la libre autonomía de la voluntad. La segunda es la fase de homologación, donde el Acuerdo de Refinanciación pasa a tener eficacia frente a terceras personas.

<sup>216</sup> Vid. VALENSISE P. (2012) "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**", cit., pág. 125 a 166, en las que expone ambas posturas doctrinales, junto con todas las razones por las cuales los acuerdos de refinanciación pueden encuadrarse dentro de la tesis autonomista, o dentro de la postura del subconcordato; MAFFEI ALBERTI A. (2013), "**Commentario breve alla Legge Fallimentare**", cit., pág. 1230, en este sentido; GIORGETTI M. (2013), "**Accordi di Ristrutturazione**", cit., págs. 38 y 39, en este sentido, destacando ambas teorías sobre la naturaleza de los Acuerdos de Refinanciación; MARCHEGIANI L. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**", cit., págs. 169 a 171, en este sentido.

<sup>217</sup> Vid. GIORGETTI M. (2013), "**Accordi di Ristrutturazione**", cit., pág. 39, en la que considera que el Acuerdo de Refinanciación es un contrato privado con eficacia inter partes. Dedicar varias líneas a la discusión sobre si se trata de un contrato multilateral, o bien, un contrato bilateral. Culmina su opinión diciendo que se trata de un contrato bilateral plurisubjetivo en el que la parte deudora se obliga recíprocamente con la parte acreedora que se ha adherido al Acuerdo (conformada esta última por varios sujetos); APPIO C. L. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione del debito**", cit., págs. 87 a 98. A lo largo de estas páginas explica que el Acuerdo de Refinanciación es un contrato, en este sentido. Expone las diversas discusiones sobre si se trata de un contrato multilateral o bilateral plurisubjetivo. Llega a la conclusión de que el Acuerdo es un contrato bilateral plurisubjetivo, pues, a diferencia del multilateral, no precisa que todas las partes tengan una finalidad común. Tanto el deudor como los acreedores tienen sus fines privados, que confluyen en la evitación del concurso. Pero no hemos de olvidar que se tratan de sujetos privados que sólo se verán movidos en la persecución de sus propios intereses. Por ello mismo lo considera como un contrato bilateral plurisubjetivo; MARCHEGIANI L. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**", cit., págs. 154 y 155 en las que considera que el Acuerdo es un contrato bilateral, que puede ser plurisubjetivo (salvo el caso en que un solo acreedor englobe el 60% del pasivo del deudor). En este contrato el deudor reorganiza el 60% de su deuda para su mejor pago, y asegura la satisfacción íntegra del 40% restante que no se ha adherido al Acuerdo de Refinanciación; AMBROSINI S. (2012), "**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**", cit., págs. 5 y 38, en este sentido. Se ve que desde el año 2005 en adelante, siempre se ha dudado entre considerar el Acuerdo de

concursoales<sup>218</sup>, que es protegido por medio de un proceso completamente separado del proceso concursal, y de otras soluciones negociales de la crisis de empresa. Es la tesis más avalada por la doctrina<sup>219</sup>. Se trata de un negocio inter partes que, al ser sometido a un

---

Refinanciación como un contrato bilateral plurisubjetivo, o bien como multilateral. Sin embargo, siempre ha prevalecido la concepción como contrato bilateral; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Comentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., págs. 1240 a 1242, en las que explica el Acuerdo de Refinanciación como un contrato inter partes. En dichas páginas expone las diferentes posturas sobre el Acuerdo: como un contrato bilateral plurisubjetivo; como un contrato multilateral. El autor se posiciona diciendo que se trata de un contrato multilateral con unidad de la finalidad perseguida, sin embargo, admite que también puede ser considerado como un contrato bilateral plurisubjetivo con incidencia pública. De hecho concluye diciendo que no puede decantarse sobre ninguna de las teorías, puesto que tiene una geometría variable. Así, según el supuesto en cuestión, se tratará de uno u otro.

<sup>218</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Comentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., págs. 1232, 1233 y 1234, en las que expone que se trata de un contrato privado con incidencia pública. Dice que esta incidencia pública radica, entre otras cosas, en los elementos concursales del Acuerdo de Refinanciación, tales como: la irrevocabilidad; la prelación de la nueva financiación; las disposiciones penales en materia concursal, etc. De hecho considera que tras la reforma del año 2012 se ha confirmado la concursalidad de los elementos del Acuerdo de Refinanciación, habida cuenta de que los efectos protectores del mismo, se desarrollan en el concurso. Por último precisa que el elemento concursal del Acuerdo no obsta para que quede como un proceso realmente desligado del proceso concursal, pues los presupuestos del Acuerdo son muy diferentes a los del concurso.

<sup>219</sup> Vid. NOCERA LIBERO I (2011) **“Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: un'analisi di diritto civile”**, *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, núm. 4, pág. 1133, donde se pronuncia en el mismo sentido diciendo que *“Le principali posizioni relative alla struttura del concordato stragiudiziale rinviano dunque a due categorie giuridiche, contratto plurilaterale e collegamento contrattuale, le quali, come si è visto, mostrano in ultima analisi una configurazione tutt'altro che stabile.”*; TRENTINI C. (2012), pág. 44, en la que dice que *“La nozione accolta, in terzo luogo, consente di considerare definitivamente superata la questione se gli accordi consistano in un único negozio, plurisoggettivo, da stipularsi da parte di tutti i creditori aderenti”*.; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Comentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., págs. 1230 y 1232, en este sentido; BOGGIO L. (2007), **“Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina”**, edit, Giuffrè, Milano, pág. 136, y especialmente la nota a pie de página núm. 84 del mismo; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 35, en este sentido; GIANNELLI G. (2005) **“Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni”**, *Riv. Diritto Fallimentare*, núm. 1 pág. 1170; AMBROSINI S. (2008), **“Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, Pádua, pág. 162 a 164; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., págs. 2 y 3, en la que además expone los motivos por los que se debe negar la tesis sub-concordataria; GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l'impresa”**, cit., pág. 41, en este sentido, diciendo que son varias las teorías sobre la naturaleza jurídica de los Acuerdos de Refinanciación. Sin embargo, la más avalada y más ajustada a la regulación legal es la tesis autonomista; BONFATTI S. (2010), **“Los paraguas protectores de los acuerdos extrajudiciales para prevenir y superar la crisis de la empresa en las reformas de las leyes concursales española e italiana”**, cit., pág. 400, en este sentido; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d'impresa”**, cit., pág. 72, en este sentido; GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., pág. 38, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 171 y 172, en este sentido. Añade que las partes se obligan recíprocamente en aras de poder ejecutar correctamente el Acuerdo de Refinanciación y así poder satisfacer el pago de los acreedores disidentes. De esta manera pactan todo tipo de negocios jurídicos con la finalidad de

procedimiento de homologación judicial, se hace oponible frente a terceros y goza de la protección recogida en la Legge Fallimentare. Es la tesis más avalada por la jurisprudencia<sup>220</sup>.

- La postura sub-concordataria o procesal-pública: esta teoría considera que los acuerdos de refinanciación son un tipo de concordato preventivo simplificado de naturaleza eminentemente concursal. Esta teoría se asienta en que la regulación de los acuerdos de refinanciación (ex art. 182 bis Legg. Fall) es similar a la del concordato preventivo. De hecho, se apoya en las muchas remisiones legislativas del artículo 182 bis Legg. Fall, a la disciplina del concordato preventivo. Además es incardinado dentro del Título III de la Legg. Fall., dedicado a regular el concordato preventivo<sup>221</sup>.

Regulado en el artículo 182 bis Legg. Fall., para la constitución de un acuerdo de refinanciación se tendrán que cumplir una serie de **requisitos**:

- Presupuesto subjetivo<sup>222</sup>: sólo el empresario está legitimado para acudir al instrumento del acuerdo de refinanciación. Inicialmente, se

---

evitar el proceso concursal; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., págs. 7 a 9, 39 a 41 y 105 a 106, en este sentido. Puede apreciarse que desde el año 2005 se ha considerado el Acuerdo de Refinanciación como un procedimiento o instituto diferente al concurso o al concordato preventivo. Es bien cierto que en 2005 había más dudas sobre la naturaleza jurídica, pero se han ido solventando paulatinamente, hasta llegar al régimen del año 2012, donde se clarifica que el Acuerdo de Refinanciación no tiene ningún elemento de concursalidad. En la página 41 expone los motivos para avalar la tesis autonomista en el año 2007. Por último, en las páginas 105 y 106 enumera los elementos del concurso, y los del Acuerdo de Refinanciación, con la finalidad de compararlos y apreciar que son totalmente diversos, cuando no contrapuestos.

<sup>220</sup> Vid. **Tribunale di Milano, Sez. II di 23 di gennaio 2007**, “*gli accordi di ristrutturazione integrano un autonomo istituto giuridico per nulla assimilabile ad un mero concordato semplificato [...]. Ne consegue che il Collegio non ritiene applicabili neppure in via analogica all’istituto in esame le norme che regolano il concordato preventivo, norme contenute in una legge speciale e quindi non suscettibili di avere efficacia oltre l’alveo normativo che la ha disegnate*”; **Cassazione, Sez. Unita di 23 di gennaio 2013, num. 1521**, en este sentido. Se refiere al concordato preventivo, sin embargo, igualmente puede atribuirse a los Acuerdos de Refinanciación, ya que en suma, se trata de un contrato privado que pasa a tener efectos con terceras personas; **Cassazione, Sez. I di 15 di settembre 2011, num. 18864**, en este mismo sentido; **Tribunal Reggio Emilia di 14 di maggio 2007**, en este mismo sentido; **Corte d’Appello l’Aquila di 10 ottobre 2012, num. 1139**, en la que se considera que un Acuerdo de Refinanciación es un contrato inter partes y vinculante entre todos aquellos que lo suscriben. Sin embargo, se somete a un procedimiento de homologación pleno, disponiendo un sistema de oposición, y un control judicial al respecto. Como resultado de este procedimiento surge un decreto motivado de homologación, por el cual el Acuerdo de hace oponible erga omnes, extendiendo su eficacia a terceras personas, a través de la irrevocabilidad; **Tribunale di Milano, Sez. II, di 23 di gennaio 2013**, en este sentido.

<sup>221</sup> Vid. LO CASCIO G. (2011) “**il concordato preventivo**”, edición VIII, Milán, pág.127 ss.

<sup>222</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., págs. 1235 y 1236. Se refiere al empresario comercial medio o grande (“*imprenditore commerciale non piccolo di natura privata*”). Precisa que serán excluidos los deudores civiles, ya que al no poder acceder al

consideraba que el empresario comercial, en sentido amplio, podía acudir a la figura del acuerdo de refinanciación. Sin embargo, tras la reforma del año 2007, se restringió el ámbito subjetivo del instituto a la sola figura del empresario. Posteriormente se añadió la posibilidad de que el empresario agrícola estuviese legitimado para la utilización de un acuerdo de refinanciación<sup>223</sup>. La tesis actualmente en vigor supone la aplicación del artículo 182 bis Legg. Fall. en un sentido estricto. La doctrina<sup>224</sup> trata cada

---

proceso concursal, los efectos del Acuerdo no pueden desarrollarse conforme se prevé en la Legge Fallimentare; TRENTINI C. (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”** cit., pág. 163 a 178, donde estudia el requisito subjetivo de los acuerdos de refinanciación. El autor se encarga de tratar cada uno de los supuestos problemáticos de esta concepción, dilucidando si están legitimados, para acceder a un acuerdo de refinanciación, las figuras análogas al empresario en sentido estricto.; VALENSISE P. (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit, pág. 181 a 187, pronunciándose en el mismo sentido; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 5, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., págs. 125 a 127, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 10 y 35, en las que se aprecia que desde la creación del instituto, siempre se ha considerado legitimado al empresario comercial medio o grande, inscrito en el Registro Mercantil; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., págs. 38 a 41, en este sentido; GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., pág. 48, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 38 a 48, en este sentido. Explica que sólo pueden estar legitimados, aquellos que puedan ser declarados en concurso. De lo contrario, el Acuerdo de Refinanciación no surtirá sus efectos, pues los “escudos protectores” del Acuerdo de Refinanciación”, así como el privilegio de “fresh money”, sólo se manifestaran tras la declaración de concurso. Por ello tampoco puede estar legitimado el deudor civil.

<sup>223</sup> Vid. APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., págs. 43 a 48, en las que explica que posteriormente la posibilidad de concluir un Acuerdo de Refinanciación fue extendida al empresario agrícola. Expone que en tal caso concurre una especialidad, referente a la demanda de homologación del Acuerdo. El empresario agrícola, escasas veces podrá presentar la documentación que debe acompañar al Acuerdo, en la demanda de homologación, pues carece de este tipo de documentos. Por ello, puede sustituirse por una certificación de la información patrimonial y contable del empresario agrícola; ; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1235, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 127, en este sentido; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 41, en este sentido.

<sup>224</sup> Vid. VALENSISE P. (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., pág. 184 y 185, sobre las empresas sometidas a la administración extraordinaria y liquidación obligada administrativa (bancarias y aseguradoras), de las que dice que esta posibilidad viene expresamente prohibida en la regulación. Así, el artículo 30 del d.lgs 270/1999 de 8 de julio dice que una vez es inadmitida la solicitud de administración extraordinaria, procederá a declarar el concurso automáticamente., d.l. 347/2003 de 23 de diciembre y d.lgs 209/2005 de 7 de septiembre, respectivamente); TRENTINI C. (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 174 a 176, quien opina que los entes públicos no están legitimados para poder celebrar un acuerdo de refinanciación, ya que se encuentran sometidos a una legislación especial que no les da margen alguno para el desarrollo de la autonomía privada, por lo que tampoco podrán celebrar un acuerdo de refinanciación; APPIO C. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., págs. 43 a 52, en el mismo sentido que los dos anteriores. Añade que respecto al empresario comercial no inscrito en el Registro Mercantil, sí puede acudir a los Acuerdos de

una de las figuras análogas o similares al empresario, concluyendo que podrán celebrar un acuerdo de refinanciación todas aquellas empresas que puedan ser declaradas en concurso, según lo dispuesto en el artículo 1 Legg. Fall, siempre y cuando estén inscritas en el Registro Mercantil.

- Presupuesto Objetivo: el artículo 182 bis Legg. Fall. dispone que *“l'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori[...]*”. El legislador establece como requisito subjetivo que el empresario se encuentre en un estado de crisis. Sin embargo, esto es un concepto jurídico indeterminado, pues no se menciona en el precepto ninguna definición de lo que se entiende por *“stato di crisi”*. Así, la doctrina se ha encargado de esclarecer esta cuestión, aunque con ciertas vacilaciones y posturas diferentes:
  - Parte de la doctrina<sup>225</sup> considera que para definir el estado de crisis habrá que acudir a lo dispuesto en el artículo 160 in fine Legg. Fall. sobre el concordato preventivo. Este precepto dispone que *“per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza.”* El artículo 5 de la Legg. Fall<sup>226</sup>, en su párrafo segundo dispone que por estado de insolvencia se entiende como la situación en la que el deudor no puede hacer frente al cumplimiento de todas sus obligaciones.
  - Otra facción de la doctrina<sup>227</sup> opina que no es necesario que el empresario esté en estado de insolvencia. El legislador al decir

---

Refinanciación. Es bien cierto que precisará la publicación en dicho Registro. Si bien podrá solicitar la publicación del Acuerdo y una anotación Registral con los datos de la empresa; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1236, en el mismo sentido, recopilando lo dicho por los autores anteriormente citados. Añade que las Sociedades irregulares tampoco pueden acceder a los Acuerdos de Refinanciación.

<sup>225</sup> Vid. GIRONE L. (2008), **“L'accordo di ristrutturazione a seguito del decreto correttivo: la lettura retrospettiva di un provvedimento antecedente rivea che le modifiche introdotte dalla novella non sono meramente formali”**, Riv. Diritto Fallimentare, pág. 626.

<sup>226</sup> El **artículo 5 II Legg. Fall**, dispone que *“Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.”*

<sup>227</sup> Vid. GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l'impresa”**, cit., págs. 55 a 57 en las que define el estado de insolvencia en este sentido. Recomendamos encarecidamente la lectura de esta obra puesto que el autor define el estado de insolvencia como un proceso de 4 fases económicas de la empresa. En su conjunto considera que el estado de insolvencia es el desajuste patrimonial reversible de la empresa; DANONI A./MASETTI M. (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Il caso SNIA”**, cit., pág. 90, donde, analizando la Sentencia del caso SNIA, el Tribunal, además del autor consideran que el presupuesto objetivo no es la insolvencia del deudor, sino que es el estado por el cual la insolvencia del mismo es claramente previsible aunque igualmente solucionable, sin acudir al proceso concursal; SANDULLI

“*stato di crisi*”, se refiere realmente a la preinsolvencia. Es decir, un amplio abanico de situaciones, que conllevan a una serie de dificultades que repercuten en la actividad de continuidad de la empresa. Es el estado previo a la insolvencia, tal y como se establece en el Derecho Concursal español. Ésta es la teoría predominante. Así lo muestra el legislador en la reforma del año 2012. En esta reforma procura la continuidad de la empresa<sup>228</sup> tras perfeccionar un acuerdo de refinanciación, por lo que la insolvencia, al no ser reversible, no puede ser presupuesto del acuerdo de refinanciación. Por otra parte, la preinsolvencia sí es reversible, por lo que sí es requisito para la celebración del acuerdo. Esta es la teoría avalada por la jurisprudencia<sup>229</sup>. Si bien,

---

M. (2009), “**La crisi dell’impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali**”, edit. Giappichelli, Torino, pág. 189, donde habla del estado de preinsolvencia como “*una amplissima fascia di situazioni, che vanno da mere condizioni di difficoltà, che si ripercuotono sulla sola prospettiva di una regolare continuità di gestione dell’impresa, sino allo stato di insolvenza*”; ROMANO D. (2013), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012**”, cit., pág. 4, en este sentido, diciendo que el deudor se tiene que encontrar en una situación salvable, no en un desajuste económico irreversible; APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., págs. 53 a 57, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**”, cit., págs. 133 a 139, en este sentido. Para ello acude al concepto de crisis económica y de crisis financiera. Basa el concepto en el carácter reversible del estado patrimonial del deudor. Añade que el presupuesto de estado de crisis tiene que estar presente hasta el momento de la presentación de la demanda de homologación; BONFATTI S. (2013), “**Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa**”, cit., págs. 41 a 43, en este sentido; CASTIELLO D’ANTONIO A. (2013), “**Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali**”, cit., pág. 320, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., págs. 10 y 36, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., págs. 1235 a 1237, en este sentido,

<sup>228</sup> Vid. VALENSISE P. (2012) “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit., pág. 191 a 193, en la que el autor habla sobre la intención del legislador de fomentar la continuidad de la empresa, por lo que el requisito objetivo debiera ser la preinsolvencia del deudor empresario, y no la insolvencia.; TRENTINI C. (2012) “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, pág. 181 y 182, en el mismo sentido; ROMANO D. (2013), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012**”, cit., pág. 4, en este sentido, dando el mérito del esclarecimiento de esta cuestión a la reforma efectuada en el año 2012; BONFATTI S. (2013), “**Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa**”, cit., pág. 41, en este sentido, diciendo que fue en 2012 cuando se clarificó la cuestión sobre la definición del estado de crisis como presupuesto objetivo del Acuerdo de Refinanciación.

<sup>229</sup> Vid. **Tribunale di Milano, Sez. II di 27 di marzo 2010**, definiendo el estado de crisis como “*uno stato di dissesto o di difficoltà finanziaria non ancora integrante la definitiva incapacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni*”; **Tribunale di Milano, Sez. II di 11 di febbraio 2010**, en este sentido; **Tribunale de Milano, Sez. II di 25 di marzo 2010**, en este sentido; **Corte d’Appello l’Aquila di 10 ottobre 2010, num. 1139**, en el mismo sentido; **Corte d’Appello di Potenza di 19 di ottobre 2005**, en este mismo sentido; **Cassazione, Sez. I, di 14 di febbraio 2011, num. 3586**, diciendo que las soluciones negociales de la crisis de empresa son preconcursales. Es decir, que se realizarán como solución previa a la declaración del concurso, por lo que no deben darse los presupuestos para la declaración de insolvencia, sino que el deudor tendrá que encontrarse en preinsolvencia, o como se traduce al italiano “*stato di crisi*”.

parte la doctrina<sup>230</sup> considera que será presupuesto del Acuerdo “al menos” el estado de crisis.

Separado de los requisitos propios de los acuerdos de refinanciación, nos encontramos con un requisito para la admisibilidad de la demanda de homologación del acuerdo de refinanciación. Se dice en el artículo 182 bis I Legg. Fall. que la demanda de homologación deberá ir acompañada, además del propio acuerdo de refinanciación, de la **documentación descrita en el artículo 161 Legg. Fall.**

La documentación que el artículo 161 Legg. Fall. requiere es la siguiente<sup>231</sup>:

- Una situación económica, financiera y patrimonial actualizada del empresario deudor.
- Un estado analítico de la actividad y un listado nominativo de los créditos la con indicación de su valor y del tipo de crédito (prelazioni).
- Un listado de los titulares de derechos reales o personales sobre los bienes propiedad del deudor o en su posesión, si es que hubiere este tipo de titulares.
- Un listado y avalúo de los bienes y derechos de crédito de la sociedad de responsabilidad ilimitada.
- Un plan de viabilidad que se pronuncie sobre los términos, posibilidad y modo en que el acuerdo de refinanciación se va a hacer efectivo.

El legislador exige la presentación de esta documentación, debido a que es imprescindible para una correcta evaluación de la viabilidad y corrección del acuerdo

---

<sup>230</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., págs. 1236 y 1237. Es bien cierto que el legislador exige que el deudor se encuentre en estado de crisis, sin embargo, el autor considera que no hay que ser taxativo. Con ello nos indica que el presupuesto subjetivo no consiste en encontrarse en estado de crisis, sino en estar “al menos” en estado de crisis. Esto se debe a que el Acuerdo de Refinanciación no tiene que ser en continuidad de la actividad empresarial, sino que también puede ser liquidatorio. Así, concluye diciendo que el “stato di crisi” exigido por el legislador, es un conjunto de situaciones que van desde la mera dificultad patrimonial del deudor, hasta el estado de insolvencia; APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., pág. 56 y 57, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., págs. 10, 11 y 36, en este sentido.

<sup>231</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., págs. 1243 y 1244, en este sentido, haciendo un listado de los documentos reconocidos en el artículo 161 Legg. Fall., a efectos de homologación del Acuerdo de Refinanciación; GIORGETTI M. (2013), “**Accordi di Ristrutturazione**”, cit., pág. 40, en este sentido, haciendo un elenco de la documentación que acompaña a la demanda de homologación del Acuerdo de Refinanciación; BONFATTI S. (2013), “**Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa**”, cit., pág. 66, en este sentido.

de refinanciación. En efecto, la doctrina<sup>232</sup> considera que esta documentación es necesaria, tanto para que el tribunal pueda hacer una efectiva valoración del acuerdo, como a efectos de publicación en el Registro Mercantil. De hecho, es buena manifestación del principio de información, necesario para que los acreedores puedan ejercitar su derecho a oposición.

En lo que refiere al **plan de viabilidad que acompaña al acuerdo de refinanciación**<sup>233</sup> (ex artículo 161 II e) Legg. Fall.), merece mención aparte, ya que tendrá que ser precisado dada su trascendencia. Esta exigencia fue introducida tras la reforma del año 2012.

Sin embargo el legislador no ha precisado nada acerca de su contenido, por lo que hemos de estar a expensas de la casuística. Así, podemos decir que el plan de actuación del acuerdo de refinanciación se debe pronunciar sobre<sup>234</sup>:

- El objetivo que se persigue con el acuerdo de refinanciación. Es algo imprescindible, porque del objetivo que se persiga dependerá en gran medida el contenido del acuerdo de refinanciación.<sup>235</sup>

---

<sup>232</sup> Vid. ZANICHELLI V. (2010), “**I concordati giuduziali**”, edit. Utet Giuridica, Torino, pág.611.; VALENSISE P. (2012), pág. 209, donde considera que la presentación de la documentación es necesaria para que el tribunal pueda valorar la veracidad, viabilidad y los aspectos negociales del acuerdo de refinanciación; ROMANO D. (2013), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012**”, cit., pág. 8, en la que se pronuncia sobre la necesidad de que en la demanda de homologación del Acuerdo de Refinanciación se acompañe esta documentación, ya que de lo contrario, la demanda será inadmitida; GALARDO M. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa**”, cit., pág. 128 en este sentido diciendo que en caso de no presentar la documentación descrita, se inadmitirá la demanda de homologación. Lo justifica diciendo que es la forma en la que el Juez puede corroborar que el deudor se encuentra en situación de ejecutar el Acuerdo de Refinanciación, evitando así la declaración de concurso; **Tribunale di Milano, Sez. II di 25 di marzo 2010**, en la que se pronuncia explicando la necesidad de que la demanda se acompañe de la documentación ex art. 161 II Legg. Fall; **Tribunale di Roma di 20 di maggio 2010**, en la que se aprecia que el Juez, entre otras cosas, tiene que verificar la completitud de la documentación, ya que en caso en que falte algún documento, la demanda de homologación será inadmitida; **Corte d’Appello l’Aquila, di 10 ottobre 2010, num. 1139**, en el mismo sentido; **Tribunale di Milano, Sez. II, di 27 di marzo 2010**, en este sentido.

<sup>233</sup> Vid. GIORGETTI M. (2013), “**Accordi di Ristrutturazione**”, cit., pág. 40, sobre la necesidad de que la demanda de homologación del Acuerdo, venga acompañada de un Plan analítico, en el que se explique la manera en que se ejecutará el Acuerdo de Refinanciación. De hecho, dice que es signo de la idoneidad del Acuerdo para satisfacer a los acreedores que no lo hayan ratificado.

<sup>234</sup> La jurisprudencia recoge el contenido de los Planes de Viabilidad del Acuerdo de Refinanciación más usuales, de los que puede extraerse los puntos que a continuación se mencionan en el texto. Así de hecho se recoge en **Tribunale di Arezzo, Sez. Fer. di 27 di luglio 2012** y **Tribunale di Milano, Sez. II di 25 di marzo 2010**, como las más relevantes ya que recogen el contenido íntegro del Plan de Viabilidad, siendo un modelo de completitud.

<sup>235</sup> Vid. PAJARDI P. (2009) “**Codice del fallimento**”, a cura di BOCCHIOLA M. e PALUCHOWSKI A., editorial Giuffrè, edición VI, Milán, pág. 1783 y 1784, donde trata el supuesto de hecho en que el acuerdo de refinanciación procure la continuidad de la empresa en su actividad. Continúa diciendo que el plan de actuación contendrá un proyecto estratégico empresarial, debiendo en todo momento asegurar la satisfacción íntegra de los acreedores.

- Se tendrá que expresar sobre la viabilidad del acuerdo de refinanciación para la consecución de sus objetivos, siempre y cuando sea compatible con la plena satisfacción de los acreedores que no se han adherido al acuerdo.<sup>236</sup>
- Se podrá pronunciar sobre el estado de preinsolvencia del empresario, los instrumentos que va a utilizar para la correcta ejecución del acuerdo de refinanciación, y sobretodo el plan de actuación para el completo pago a los acreedores que no se han adherido.
- Podrá recoger también las posturas de los acreedores sobre el acuerdo de refinanciación, y sobre las medidas que en él se incorporan.<sup>237</sup>
- Igualmente tendrá que manifestar el contenido inicial en que se encontraba la empresa y justificar cómo van se va a paliar esa situación con las medidas previstas en el acuerdo de refinanciación.<sup>238</sup>
- También deberá quedar constancia especial del carácter prededucible de la nueva financiación que se conceda a la empresa en el marco de ejecución del acuerdo de refinanciación.
- Tendrá que contener los datos de la empresa actualizados a la fecha de la elaboración del plan, explicando el significado de cada uno de esos datos.

El artículo 182 bis Legg. Fall., en su primer párrafo requiere para la estimación de la demanda de homologación del acuerdo de refinanciación, que éste cuente con la **adhesión de los acreedores que representen al menos el 60% del pasivo del deudor.**

Este requisito plantea una serie de problemas que han de ser precisados para su correcta aplicación.

En primer lugar, habrá que determinar la forma de calcular el 60% del pasivo del deudor. Se considera<sup>239</sup> que el legislador, cuando dice *“stipulato con i creditori*

<sup>236</sup> Vid. MARENGO F. (2008), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti. Profili economici, civilistici, fiscali e di responsabilità dei partecipanti all’intesa”**, editoria ITA Edizioni, Torino, pág. 145 y 146, en el que considera que efectivamente el informe del experto independiente deberá hacer mención especial al efectivo pago de los acreedores que no se han adherido al acuerdo de refinanciación.; VERNA G. (2008), **“I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182 bis Legge Fallim.), Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma “orgánica” al decreto “correttivo”**, AAVV a cura di AMBROSINI S., Bologna, pág. 595 y 596; TRONCI L. (2013), **“Perdita della continuità aziendale e strategie di risanamento”**, cit.,pág. 8, en este sentido.

<sup>237</sup> Vid. VALENSISE P. (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., pág. 392, en la que se pronuncia respecto a la temática del plan de actuación que acompaña al acuerdo de refinanciación, manifestando que el plan acogerá y compilará las posturas de los acreedores sobre cada uno de los instrumentos que se usarán en la ejecución del acuerdo.

<sup>238</sup> Vid. VALENSISE P. (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., pág. 396, en la que manifiesta que el plan de actuación, para que sea inteligible, tendrá que exponer estos extremos.

*rapresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti*” se refiere a la totalidad del pasivo del deudor, no a una consideración “per capita”.

En segundo lugar, tendremos que determinar qué tipo de acreedores están incluidos en este cómputo, y cuales están excluidos, ya que el legislador no hace apreciación alguna. Así, la doctrina<sup>240</sup> considera que:

- Los créditos privilegiados sí serán considerados dentro del porcentaje de adhesión. Resulta innecesario restringir el porcentaje a los acreedores ordinarios, puesto que el legislador en ningún momento hace tal apreciación. Igualmente puede añadirse que la consideración de créditos privilegiados dependerá de la declaración de concurso. Al no haberse declarado todavía, no podemos hablar de créditos privilegiados, por lo que tampoco pueden excluirse.
- Los créditos prededucibles, no podrán computarse a efectos de adhesión<sup>241</sup>. El legislador los excluye habida cuenta de que éstos créditos proceden de la nueva financiación aportada a razón del Acuerdo de Refinanciación. Serán créditos prededucibles sólo en el caso en que sea declarado el concurso, en caso contrario serán simples créditos, que ni

---

<sup>239</sup> Vid. BONFATTI S./CENSONI P.F. (2011), **“Manuale di diritto fallimentare”**, edit. CEDAM, Edición IV, pág. 638, donde dice que la norma no precisa cuantos acreedores hacen falta para cumplir este requisito, sino que establece un porcentaje de pasivo que debe ratificar el acuerdo de refinanciación. Así, puede tratarse de un solo acreedor o de varios acreedores, siempre y cuando suponga al menos el 60% del pasivo del deudor; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 71, en este sentido; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., págs. 5 y 6, en este sentido. Añade que por medio de esta adhesión se posibilita que el Acuerdo pueda ser homologado; GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., pág. 49, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 13, 14 y 49, en las que expone el requisito de las adhesiones del 60% del pasivo. Igualmente se pronuncia diciendo que será el 60% del pasivo total, no per capita. Por último precisa que esta adhesión no será considerada como una mayoría, sino como un requisito para la homologación del Acuerdo de Refinanciación.

<sup>240</sup> Vid. TRENTINI C. (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”** cit., pág. 187 a 192, donde el autor recoge las soluciones doctrinales a cada uno de los tipos de acreedores. Se pronuncia sobre la inclusión o la exclusión del cómputo de las adhesiones que debe tener un acuerdo de refinanciación; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 6 en este sentido aunque de una forma más resumida; GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., pág. 49.

<sup>241</sup> Vid. GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., pág. 49, *“i crediti derivanti da finanziamenti erogati da banche e altri intermediari finanziari in funzione della domanda de omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-quarter comma 2), nonché quelli derivanti da finanziamenti effettuati dai soci (art. 182-quarter, comma 3) [...] sono esclusi dal computo della percentuale del 60% dei crediti, richiesta dall’art. 182-bis, comma 1, a fini dell’omologazione dell’accordo, nonché dall’art. 182-bis, comma 6, ai fini dell’istanza di sospensione depositata nel corso delle trattative stragiudiziale”*; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 6, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., págs. 1287 y 1288, en este sentido.

siquiera estarán vencidos, por lo que no pueden contar en el quórum de adhesiones.

- Resulta independiente que el crédito esté vencido o no, ya que tendrá que ser satisfecho de igual forma. Por consiguiente sí serán tenidos en cuenta para el quorum de ratificación.
- Respecto a los créditos impugnados, (*“crediti contestati”*), deberán ser examinados e individualizado cada supuesto, ya que el resultado puede variar<sup>242</sup>.

En lo referente a la formalización de las adhesiones, el legislador no especifica nada en el artículo 182 bis Legg. Fall. Por el contrario, la doctrina<sup>243</sup> precisa esta cuestión acudiendo a la disciplina de la publicación y evaluación del acuerdo de refinanciación.

Será necesario que las adhesiones se formalicen, ya que el acuerdo de refinanciación tendrá que publicarse en el Registro Mercantil, junto con la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos del art. 182 bis Legg. Fall. El tribunal competente también examinará la documentación, debiendo acreditar el deudor el cumplimiento de los requisitos legales para la homologación del acuerdo de refinanciación. Por todo ello por lo que será necesario formalizar las adhesiones al acuerdo de refinanciación de manera fehaciente.

El legislador se muestra parco en palabras en lo que refiere al momento en que deben estar todas las adhesiones al acuerdo de refinanciación. Es por ello por lo que

---

<sup>242</sup> Vid. AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 50, en este sentido.

<sup>243</sup> Vid. RINALDI V.(2007), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”, Il diritto fallimentare riformato. Comento sistematico**, AAVV a cura di SCHIANO DI PEPE G., Padua, pág. 661, fundamentando la exigencia de adhesión formal al acuerdo de refinanciación para justificar el cumplimiento de los requisitos legales, tanto ante el Tribunal competente como ante el Registro Mercantil; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1243, en este sentido; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 6, en la que asegura que las adhesiones al Acuerdo de Refinanciación deberán hacerse por cualquier medio fehaciente, no teniendo que efectuarse ante Notario, aunque el auto lo recomienda; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 71, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 14 y 51, en este sentido; GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., pág. 60, en este sentido; **Tribunale di Roma di 20 di maggio 2010**, *“nell’ambito del procedimento di iscrizione su domanda è previsto che l’atto da iscrivere debba essere depositato in originale, con scrittura autenticata ove trattasse di scrittura privata non depositata presso un notaio, e che negli altri casi l’atto vada depositato in copia autentica e che l’estratto debba essere depositato in forma autentica, secondo quanto previsto dall’art. 2718 c.c.. La mancanza dell’autenticazione della firma costituisce quindi un requisito di ammissibilità dell’accordi stesso, condizionando l’esecuzione di un indispensabile adempimento pubblicitario”*; **Tribunale di Milano, Sez. II di 27 di marzo 2010**, en este sentido; **Tribunale di Milano, Sez. II di 25 di marzo 2010**, en este sentido;

la doctrina<sup>244</sup> precisa esta cuestión. Las adhesiones deberán estar formalizadas en el momento en que el acuerdo de refinanciación sea depositado en el tribunal, puesto que en caso contrario, se denegará la homologación, al ser una condición “sine qua non” para la homologación del acuerdo de refinanciación.

La ratificación del Acuerdo puede ser revocada por los propios acreedores<sup>245</sup>. Será necesario que, bien sea previsto en el Acuerdo de Refinanciación, bien éste haya sido modificado unilateralmente.

Por último, resta decir que el acuerdo tendrá que ser **informado por un experto independiente**<sup>246</sup>, en posesión de los requisitos del artículo 67 III d) Legg. Fall. El informe que realice el experto se pronunciará sobre la viabilidad del acuerdo de

---

<sup>244</sup> Vid. GUGLIELMUCCI L. (2008), “**Diritto Fallimentare**”, edición 3ª, Torino, pág. 341, donde dice que el acuerdo de refinanciación no debe considerarse cerrado, pues siempre pueden adherirse otros acreedores durante su tramitación, diciendo, “*L’accordo depositato ai sensi del 1º comma non sembra infatti doversi considerare come un accordo chiuso, salvo che nella misura in cui ulteriori adesione possano snaturare l’accordo ad apparire incompatibili cib i presuposti di precedenti adesioni*”; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., pág. 50, en este sentido; ROMANO D. (2013), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012**”, cit., pág. 6, quien considera que tienen que estar antes de la publicación del Acuerdo de Refinanciación en el Registro Mecantil. Ello igualmente ratifica la necesidad de que tengan que las adhesiones tengan que estar acreditadas antes de la presentación de la demanda de homologación, ya que por lo general será después de la publicación del Acuerdo; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1248, en la que expone que la doctrina no se muestra completamente de acuerdo sobre el momento en que deban estar todas las adhesiones necesarias. Algunos piensan que tendrán que estar listas antes de la publicación. El autor considera que tendrán que estar presentes en el momento de la presentación de la demanda de homologación del Acuerdo de Refinanciación. Incluso expone que podrán presentarse a posteriori, en caso de subsanación de la demanda de homologación; **Tribunale di Milano, Sez. II, di 23 di gennaio 2007**, en este sentido, precisando que las adhesiones del 60% del pasivo del deudor no suponen requisitos para la tipicidad del Acuerdo de Refinanciación, sino como un requisito para la admisibilidad de la demanda de homologación a través de la cual el Acuerdo deviene típico.

<sup>245</sup> Vid. AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., págs. 15 y 52, en este sentido.

<sup>246</sup> No será tratado en el presente capítulo ya que será objeto de estudio en el capítulo 4. Para una visión general del experto independiente, véase MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1243, para una visión general del informe del experto independiente; STEFANIA PACCHI (2013), “**La quinta etapa de la reforma concursal italiana**”, cit., págs. 386 a 388; VALENSISE P. (2012) “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit, pág. 212 a 255; TRENTINI C. (2012) “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 232 a 254; MARCHEGIANI L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**”, cit., pág.146, sobre el contenido del informe del experto, de manera general; FALCONE G. (2013), “**Modifica e revisione dei piani attestato e degli accordi di ristrutturazione**”, en **Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi**, AAVV a cura di BONFATTI S./FALCONE G., Edit. Giuffrè, Milano, pág. 159, quien hace un listado de todas las intervenciones del experto independiente a lo largo del Acuerdo de Refinanciación; **Tribunale di Ravenna, Sez. Fallimentare di 10 ottobre di 2013**, diciendo que se tendrá que cumplir este requisito.

refinanciación, sobre el plan de actuación, y sobre la veracidad de los datos de la empresa.

Algunos autores<sup>247</sup> han criticado esta reforma legislativa. Consideran que no se ha previsto ningún tipo de control sobre la ejecución del Acuerdo de Refinanciación. Sólo será controlados por los interesados en el buen fin del Acuerdo.

### **1.2.5 Tipología y escudos protectores de los acuerdos de refinanciación.**

De la lectura del artículo 182 bis Legg. Fall., caben destacarse **dos tipos de acuerdos de refinanciación**, tal y como considera la doctrina española<sup>248</sup>. Así, los tipos de acuerdos de refinanciación son los siguientes<sup>249</sup>:

- Acuerdos de refinanciación atípicos: son aquellos acuerdos de refinanciación que no cumplen con lo dispuesto en el artículo 182 bis Legg. Fall. No son ilegales, sino alegales. Con tal apreciación, nos referimos a que son acuerdos de refinanciación legales, pero que al no guardar lo dispuesto en la Legg. Fall., tampoco podrá gozar de los mismos efectos. Serán considerados como meros contratos.
- Acuerdos de refinanciación típicos: son aquellos que, por el contrario, sí cumplen con el contenido dispositivo del artículo 182 bis Legg. Fall. Estos acuerdos, sí recibirán los efectos que la legislación concursal prevé.

A diferencia que en el ordenamiento español, no se pueden distinguir dos tipos de acuerdos de refinanciación típicos, en función de si son homologados o no. Esto se

---

<sup>247</sup> Vid. CASTIELLO D'ANTONIO A. (2013), "**Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali**", cit., págs. 320 y 321, donde critica que el Acuerdo de Refinanciación no es controlado en su ejecución. No se prevé en la Legge Fallimentare ningún mecanismo para el control de la ejecución del Acuerdo. Entiende que el legislador lo ha dejado al arbitrio de las partes. De un lado, a que entre el deudor y los acreedores pacten cláusulas de vigilancia de la ejecución del Acuerdo. De otro, que los propios acreedores y demás interesados, sean quienes, motu proprio, vigilen la ejecución del Acuerdo; AMBROSINI S. (2012), "**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**", cit., págs. 69 a 71, en este sentido, criticando la falta de un mecanismo de control de ejecución del Acuerdo, y exponiendo que serán los propios interesados los que controlarán la ejecución del Acuerdo; MAFFEI ALBERTI A. (2013), "**Commentario breve alla Legge Fallimentare**", cit., págs. 1259 y 1260, en este sentido. Añade que el Tribunal que ha homologado el Acuerdo de Refinanciación, puede nombrar un comisario judicial, dotado con poder suficiente para supervisar y controlar la ejecución del Acuerdo. Sin embargo no es una opción prevista por la Ley, por lo que quedará a la mera discrecionalidad del propio Tribunal.

<sup>248</sup> Véase el apartado 2.1.3 sobre la tipología de los acuerdos de refinanciación en España.

<sup>249</sup> La doctrina italiana no establece una tipología de los acuerdos de refinanciación, al contrario que la española, por lo que a efectos organizativos, y dadas las similitudes de ambas legislaciones, hemos creído procedente aplicar la doctrina española para establecer una tipología de los acuerdos de refinanciación.

debe a que en el ordenamiento jurídico italiano es requisito “sine qua non” la homologación judicial<sup>250</sup> del acuerdo de refinanciación, ya que así lo dispone el artículo 182 bis Legg. Fall.

Antes de explicar los Acuerdos de Refinanciación típicos, hemos de precisar que el deudor puede presentar una **propuesta anticipada de Acuerdo de Refinanciación**.

La propuesta de acuerdo de refinanciación, está regulada en el artículo 182 bis VI Legg.Fall. Supone la presentación de una demanda anticipada de acuerdo de refinanciación provisional, con la finalidad de evitar que los acreedores interpongan acciones que puedan mermar el patrimonio del deudor. El legislador permite esta modalidad, en aras de una mayor protección de la fase negocial del Acuerdo de Refinanciación<sup>251</sup>. La doctrina<sup>252</sup> la denomina como facultad de “automatic stay”,

La protección que el legislador concede a la propuesta anticipada de convenio consiste en la prohibición de iniciar o continuar acciones ejecutivas o cautelares

---

<sup>250</sup> Vid. INZITARI B. (2011), “**Gli accordi di ristrutturazione ex. Art. 182 bis L. Fall.: Natura, profili funzionali e limiti dell’opposizione degli estranei e dei terzi**”, *Riv. Dottori Comm.*, núm. 4, pág. 821, en la que opina que la homologación del acuerdo de refinanciación es el procedimiento por el cual se perfecciona el acuerdo, pudiendo así desplegar todos los efectos que la Legg. Fall. prevé para este instituto. El razonamiento, que el autor sigue para llegar a esta conclusión, se basa en que este juicio de homologación verificará la corrección formal y legal del acuerdo, además de ser idóneo para la plena satisfacción de los acreedores no adheridos, en los términos del artículo 182 bis Legg. Fall. I a) y b); APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., págs. 104, 106 y 107, en este sentido, hablando sobre la necesidad del proceso de homologación, para la tipicidad del Acuerdo de Refinanciación. De hecho, si el Acuerdo no fuese homologado, sólo quedaría como un mero contrato inter partes; MARCHEGIANI L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**”, cit., pág. 185, en este sentido; BONFATTI S. (2013), “**Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa**”, cit., pág. 68, en este sentido, diciendo que un Acuerdo de Refinanciación no homologado, es un simple contrato inter partes.

<sup>251</sup> Vid. APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., págs. 88 y 166, “*È presumibile, poi, che l’accordo sia preceduto da una fase di trattative. Non a caso, come innanzi evidenziato, lo stesso legislatore ha previsto che nella fase precontrattuale il debitore può domandare al Tribunale il blocco delle azioni esecutive individuali, depositando la documentazione richiesta dall’art 161, una dichiarazione nella quale attesta che sono in corso delle trattative con i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti e una relazione di un professionista che attesti l’idoneità della proposta ad assicurare l’integrale pagamento dei creditori che non hanno aderito alla stessa*”. En la página 166 se reafirma de lo antes dicho, y concluye diciendo que gracias a esta medida de protección se puede celebrar un Acuerdo de Refinanciación. De lo contrario, las actuaciones individuales de los acreedores, minarían el patrimonio del deudor, dejando el Acuerdo vacío de contenido; MARCHEGIANI L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**”, cit., pág. 31, en este sentido; BONFATTI S. (2013), “**Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa**”, cit., pág. 49, en este sentido; CASTIELLO D’ANTONIO A. (2013), “**Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali**”, cit., pág. 315, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., pág. 88, en este sentido.

<sup>252</sup> Vid. AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., págs. 88 y 120, en las que usa esta terminología; GIORGETTI M. (2013), “**Accordi di Ristrutturazione**”, cit., pág. 44, en la que explica esta facultad del deudor, en este sentido y con esta terminología.

contra el patrimonio del deudor, y de adquirir títulos preferentes<sup>253</sup>, salvo acuerdo en contrario del deudor<sup>254</sup>.

No afectará a la declaración de concurso. Sin embargo, el deudor no se encontrará en estado de insolvencia. Por tanto, no se podrá declarar el concurso igualmente, aunque sea independiente de dicha prohibición<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1262, en la que explica el contenido de la prohibición en cuestión, en este sentido; VALENSISE P. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare”**, cit. pág. 287 y 288 para un estudio más detallado de la prohibición de adquisición de títulos preferentes durante 60 días; GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., págs. 44 y 45, en este sentido sobre esta prohibición de ejercitar acciones cautelares y ejecutivas, y de adquirir títulos preferentes, salvo pacto expreso en contrario; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 41, en este sentido; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 13, en este sentido; CASTIELLO D’ANTONIO A. (2013), **“Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali”**, cit., pág. 315; GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., pág. 44, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 120, en este sentido; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., págs. 52 y 53, en este sentido, explicando pormenorizadamente cada una de las prohibiciones que engloba la medida de protección; **Tribunale di Bergamo Sez. II, di 26 gennaio 2012**, *“inibiva ai creditore di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati, assegnando all’istante Excelsior, Costruzioni.s.r.l., il termine di sessanta giorni per il deposito, dell’accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista a norma del primo comma dall’art. 182bis L.F.”*; **Tribunale di Milano, Sez. II, di 27 di marzo 2010**, en este sentido; **Tribunale di Milano, Sez. II, di 25 di marzo 2010**, en este sentido; **Tribunale di Milano, Sez. II, di 15 di ottobre 2009**, en la que se añade además que la prohibición no afectará a la solicitud de declaración de concurso, en tanto en cuanto no es ni una acción cautelar, ni un procedimiento de ejecución; **Tribunale di Roma, Sez. Fall., di 13 di marzo 2012**, añadiendo además que en el plazo de 60 días en que finaliza la medida de protección se tendrá que presentar una demanda de homologación de Acuerdo de Refinanciación; **Corte d’Appello l’Aquila di 10 ottobre 2012, num. en 1139**, en este sentido; **Corte d’Appello di Potenza di 19 di ottobre 2005**, en el mismo sentido; **Cassazione, Sez. Unita di 23 di gennaio 2013, num. 1521**, en el mismo sentido.

<sup>254</sup> Vid. BONFATTI S./CENSIONI P.F. (2011), **“Manuale di diritto fallimentare”**, edit. CEDAM, Edición IV, Padova. pág. 646, en la que dicen que mientras dure la prohibición, no se podrán adquirir títulos preferentes, como es la hipoteca judicial. Sin embargo, si hay acuerdo expreso entre el deudor y este acreedor que demuestre lo contrario, sí podrá adquirirse el título preferente. Según los autores, es una manifestación de la autonomía de la voluntad del deudor que el legislador permite; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 53, en este sentido.

<sup>255</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1263, *“Sui rapporti tra istanza di sospensioni e istanza di fallimento o pendenza di istruttoria prefallimentare, la giurisprudenza è orientata nel senso di non considerare l’istanza di fallimento rientrando nel divieto di cui al 7º co. dell’art. 182 bis. Si afferma, infatti, che le istanze di fallimento e il relativo procedimento non possono essere sospesi dalla presentazione della proposta di un accordo di ristrutturazione, né dalla presentazione dell’istanza di sospensione, in quanto l’art. 182 bis non contiene alcun riferimento letterale ai ricorsi per la dichiarazione di fallimento e non può, del resto, incidere sul preminente interesse di natura pubblicistica che si tutela con la dichiarazione di fallimento. Si afferma al riguardo che la presentazione della proposta di ristrutturazione deve essere presentata unitamente agli altre elementi al fine di accertare se lo stato di crisi sia irreversibile o meno. Qualora tale stato non sussista non può essere sospeso dalla*

El procedimiento para obtener esta medida de protección comienza con la presentación de la demanda ante el tribunal competente, en el sentido del artículo 9 Legg. Fall<sup>256</sup>.

Esta demanda de protección, deberá ir acompañada de la siguiente documentación<sup>257</sup>:

- La documentación establecida en el artículo 161 II a), b), c) y d), sin que sea necesario presentar un plan de viabilidad (ex art. 161 II e) Legg. Fall)<sup>258</sup>.
- La propuesta de acuerdo de refinanciación<sup>259</sup>.

---

*presentazione di una istanza cautelare con una proposta di accordo di ristrutturazione, per cui la trattazione delle due procedure deve essere unitaria, potendo la proposta di accordo incidere sulla valutazione dello stato di insolvenza”.*

<sup>256</sup> Vid. VALENSISE P. (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., pág. 204, dispone que la demanda de protección de la propuesta del acuerdo de refinanciación se presentará ante el tribunal competente para la declaración de concurso, en el sentido del artículo 9 Legg. Fall; GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., pág. 44, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 164, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág.1262, en este sentido.

<sup>257</sup> Vid. BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 48, en la que hace un elenco de la documentación que ha de acompañar a la demanda de protección “automatic stay”; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1262, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 87 y 121, en este sentido; TRENTINI C (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 359, en este sentido; GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., págs. 45, en este sentido; GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., pág. 45 y 46, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., págs. 33 y 34, en este sentido; **Tribunale di Vicenza di 17 di maggio 2013**, como ejemplo de decreto motivado que otorga la prohibición ejercitar acciones cautelares y ejecutivas contra el patrimonio del deudor, y de adquirir títulos de prelación. Además explica como se ha formalizado la demanda; **Tribunale di Roma, Sez. Fall. di 13 di marzo 2012**, en la que explica que tendrá que presentarse una demanda ante el Juzgado de lo Mercantil en la que se explicará que se está concluyendo un Acuerdo de Refinanciación, que posteriormente será presentada ante el mismo. Prosigue explicando la documentación necesaria para la prosperidad de esta demanda.

<sup>258</sup> Vid. MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 33, en este sentido.

<sup>259</sup> Vid. MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 34, *“In primo luogo, al posto dell’accordo dovrà essere depositata una proposta di accordo, poichè l’imprenditore si trova, all’atto della presentazione dell’istanza, solo nel corso delle trattative dirette al perfezionamento del contratto di ristrutturazione”*; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 49, en este sentido; **Tribunale di Roma, Sez. Fall. di 13 di marzo 2012**, en la se especifica que la demanda deberá acompañarse del Acuerdo de Refinanciación que actualmente se esté negociando. La justificación de la necesidad de esta documentación radica que el Juez tendrá que evaluar los visos del deudor para conseguir alcanzar un Acuerdo de Refinanciación con sus acreedores, ya que de lo contrario no podrá otorgar esta protección.

- Una declaración del empresario, con valor de autocertificación, sobre la existencia de un acuerdo de refinanciación que está siendo negociado con al menos el 60% del pasivo del deudor. Esta declaración no podrá ser ininteligible, sino que tendrá que esclarecer la situación en la que se encuentra el deudor, y la fase de negociación en la que se está tramitando el acuerdo de refinanciación.<sup>260</sup>
- Una declaración de un experto independiente sobre la idoneidad de la propuesta para satisfacer el pago de los acreedores. También tendrá que pronunciarse sobre los eventuales perjuicios que esta instancia podría ocasionar<sup>261</sup>.

No se exige la presencia de un plan de viabilidad sobre la propuesta del acuerdo de refinanciación (ex art. 161 II e) Legg. Fall.)<sup>262</sup>, ya que se trata de una propuesta de

<sup>260</sup> Vid. NARDECCHIA G. B. (2011), “**La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, *Riv. Fallimento*, núm. 6, pág. 705, donde dice que “*Dichiarazione che può essere rilasciata solo ove la proposta di accordo sia completa e definitiva, dato che l'unico requisito successivo destinato a completare la fattispecie a formazione progressiva disciplinata dalla norma è rappresentato dall'accettazione della proposta da parte di creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dei crediti*”; MARCHEGIANI L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**”, cit., pág. 34, en este sentido; APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., pág. 73, en este sentido; BONFATTI S. (2013), “**Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d'impresa**”, cit., pág. 49, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1262, en este sentido. Añade que esta certificación deberá ser autenticada, es decir, formalizarse de manera que nadie ponga en entredicho su contenido y autoría; **Tribunale di Roma, Sez. Fall. di 13 di marzo 2012**, en este mismo sentido.

<sup>261</sup> Vid. BONFATTI S. (2013), “**Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d'impresa**”, cit., págs. 49 a 51, en las que explica el estudio que tiene que hacer el experto independiente sobre la propuesta de Acuerdo de Refinanciación. Concretamente se tendrá que pronunciar sobre los siguientes extremos: 1. Sobre la viabilidad de la propuesta del Acuerdo de Refinanciación para asegurar el pago íntegro de los acreedores disidentes en los términos del artículo 182-bisLegge Fallimentare; 2. Sobre la veracidad de los datos de la empresa deudora, con la finalidad de constatar que la información de que se parte, es correcta; 3. Sobre las consecuencias de la concesión de la protección concedida; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1263, en este sentido, explicando el examen que realizará el experto independiente sobre la propuesta de Acuerdo de Refinanciación; ROMANO D. (2013), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012**”, cit., pág. 12 en este sentido; VALENSISE P. (2010), “**La legge fallimentare dopo la riforma**”, a cura di NIGRO A., SANDULLI M. e SANTORO V., editorial Giappichelli, Tomo III, Torino, pág. 2282, en este mismo sentido; GIORGETTI M. (2013), “**Accordi di Ristrutturazione**”, cit., pág. 45, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**”, cit., pág. 34, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., pág. 126, en este sentido.

<sup>262</sup> Vid. VALENSISE P. (2012) “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit., pág. 210 y 211, en las que justifica que en la demanda de protección de la propuesta de acuerdo de refinanciación no será preciso presentar un plan de viabilidad; GIORGETTI M. (2013), “**Accordi di Ristrutturazione**”, cit., pág. 45, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., pág. 122, en este sentido.

acuerdo de refinanciación, y no de la demanda de homologación. En la demanda de homologación sí se requiere este plan de viabilidad, que será examinado por el Tribunal, pues se trata de un acuerdo de refinanciación perfeccionado.

El tribunal tendrá que controlar los requisitos de la demanda de protección, así como la idoneidad de la propuesta de Acuerdo de Refinanciación<sup>263</sup>. Si el tribunal aprecia un error insubsanable, desestimaré directamente la demanda de protección. Sin embargo, si el defecto que aprecia el tribunal es salvable, emitirá una comunicación en la que se instará al deudor a que, en un plazo fijado por el tribunal, subsane el defecto<sup>264</sup>.

Una vez se ha presentado la instancia ante el Tribunal competente, junto con la documentación que la acompaña, se procede a su publicación en el Registro Mercantil<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> Vid. GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., pág. 45, explicando el control que efectúa el Juez sobre la demanda de propuesta de Acuerdo, diciendo que evaluará *“1. Dei presupposti per pervenire ad un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al com. 1; 2. Delle condizione per l’integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno negato la propria disponibilità a trattare: anche sotto questo profilo, dunque, all’originario riferimento alla regolarità del pagamento, il legislatore ha sostituito quello all’integralità dello stesso”*; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 56, en este sentido; FABIANI M. (2010), **“Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento”, il fallimento**, núm. 2, pág. 113; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 119, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 36, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 88, en este sentido.

<sup>264</sup> Vid. AMBROSINI S. (2010), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”, Il nuovo diritto fallimentare**, AAVV, diretto da JORIO A., edit. Zanichelli, Bologna, pág. 1170 y 1171, en donde se posiciona aplicando de forma análoga el artículo 162 I Legg. Fall. para permitir la subsanación de defectos de la demanda de protección del proyecto de acuerdo de refinanciación. Para ello se fundamenta en el principio de economía procesal, diciendo que *“Quando all’eventualità che la documentazione in parola risulti in tutto o in parte mancante, sembra preferibile –tenuto conto del principio di economia processuale, essendo l’istanza ripresentabile, oltre che del favor debitoris cui ladisposizione è improntata- configurare in capo al tribunale un potere analogo a quello previsto dall’art. 162,1º com., vale a dire l’assegnazione di un breve termine per regolarizzare la documentazione”*; GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., pág. 46, en las que estudia el examen que hace el Juez al recibir la demanda de protección.

<sup>265</sup> Vid. APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 164, *“L’accordo, anche l’istanza di sospensione deve essere pubblicata nel registro delle imprese ed è da tale momento che sorge l’effetto del divieto di esperire o continuare azione esecutivi individuali”*; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 38, en la que dice que la Ley no prevé nada sobre el orden entre la publicación de la demanda y la presentación ante el Tribunal. Recomienda la publicación inmediatamente después de la presentación de la demanda de homologación, para evitar disparidades temporales; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 52, en la que dice que, aunque la Ley no lo prevea expresamente, resulta lógico que la demanda de protección sea presentada en el tribunal, y posteriormente publicada. De hecho propone que el Registro Mercantil verifique que realmente

Por “publicación”, la doctrina<sup>266</sup> opina que el legislador se refiere a “inscripción”. Es decir, la inscripción, en el Registro Mercantil, de la demanda de protección de la propuesta de acuerdo de refinanciación.

Se entiende que el requisito de la publicación es de gran relevancia. Se debe a que el artículo 182 bis VI Legg. Fall. dispone que desde la fecha de publicación de la demanda en el Registro Mercantil, comenzará la prohibición de iniciar o continuar acciones cautelares o ejecutivas contra el patrimonio del deudor, así como la prohibición de adquisición de títulos preferentes<sup>267</sup>.

Una vez efectuada la publicación deberá comunicarse al Tribunal. Éste fija, por medio de decreto, la audiencia de acreedores<sup>268</sup>. La audiencia será en un plazo inferior a 30 días.

Una vez admitida la demanda, el Tribunal comunicará a todos<sup>269</sup> los acreedores la interposición de la demanda, con la finalidad de advertirles de su derecho a

---

se ha interpuesto la demanda, ya que desde la fecha de publicación comenzará la medida de protección; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1262, en este sentido.

<sup>266</sup> Vid. VALENSISE P. (2010), “**La Legge Fallimentare dopo la riforma**”, cit., pág. 2277, “*Per quanto attiene, innanzi tutto, alla nozione di pubblicazione dell’accordo si ritiene come già evidenziato nelle pagine che precedono, che essa, tenuto conto della particolare efficacia, debba leggersi come iscrizione al registro delle imprese*”; FABIANI M. (2011), “**Diritto fallimentare: un profilo organico**”, Edit. Zanichelli, Bologna, pág. 696, en el mismo sentido; PROTO C. (2006), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, “*Riv. Fallimento*”, núm. 2, pág. 12, en este sentido; VALENSISE P. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit., pág. 423, en el mismo sentido; TRENTINI C. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., págs. 254 y 255; APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., pág. 108, en este sentido.

<sup>267</sup> Vid. NARDECCHIA G.B. (2011), “**La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 707, en este sentido; GIORGETTI M. (2013), “**Accordi di Ristrutturazione**”, cit., pág. 44, en este sentido; APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., pág. 109, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**”, cit., pág. 38, “*Vale la pena sottolineare, inoltre, che la retroattività degli effetti della inibitoria alla data della pubblicazione nel registro delle imprese della stessa istanza di suspensiones, rappresenta un’evidente, ulteriore opportunità per l’imprenditore in crisi*”; BONFATTI S. (2013), “**Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa**”, cit., pág. 48, en este mismo sentido diciendo que se concede con efecto retroactivo, y con independencia de que realmente llegue a presentarse el Acuerdo de Refinanciación definitivo.

<sup>268</sup> Vid. APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., pág. 120, “*fissare con decreto l’udienza dei creditori, entro i trenta giorni successivi al deposito dell’istanza*”; MARCHEGIANI L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**”, cit., pág. 36, en este sentido; BONFATTI S. (2013), “**Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa**”, cit., pág. 55, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., págs. 121, en la que dice que el Tribunal emitirá un decreto fijando la audiencia, en plazo máximo de 30 días; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1262, en este sentido.

<sup>269</sup> Vid. NARDECCHIA G.B. (2011) “**La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit, pág.707, diciendo que la comunicación de la propuesta del Acuerdo de Refinanciación se efectuará a todos los acreedores del deudor; BONFATTI S. (2013),

oposición. Podrán plantearla desde la fecha de publicación de la demanda de protección en el Registro de la Empresa.

Esta comunicación sólo pondrá en conocimiento la presentación de la demanda de protección, la documentación obrante en las actuaciones y el decreto de fijación de audiencia, pero no dará traslado de la documentación<sup>270</sup>.

El legislador no dispone nada sobre cómo será la comunicación. Es cierto que el legislador no prevé que se deba hacer a través de notificación judicial, sin embargo, la comunicación reviste la suficiente importancia como para dejarla en una simple publicación. Por ello, la doctrina<sup>271</sup> se posiciona diciendo que se podrá acudir a cualquier sistema que asegure la recepción de la comunicación, como puede ser por correo certificado.

Pasada la audiencia, el Tribunal procederá a examinar que la propuesta de Acuerdo de Refinanciación sea realmente idónea para asegurar el pago íntegro de los acreedores<sup>272</sup>. Todo ello lo realizará bajo el rito camerale<sup>273</sup>.

---

**“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 55, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 42, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 120, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 89, en este sentido, diciendo que tendrá que comunicarse a todos los acreedores; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1262, en este sentido

<sup>270</sup> Vid. BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 55, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 89, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 42, en este sentido; AMBROSINI S. (2010), **“il nuovo diritto fallimentare”**, cit., pág. 643, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 120, en este sentido.

<sup>271</sup> Vid. BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 56, en la que explica que el Tribunal tendrá que acudir a cualquier medio de comunicación que permita su recepción fehaciente. Concretamente identifica tres medios diversos: 1. Autorización del Tribunal para que el deudor, bajo su responsabilidad, lo comunique a todos los acreedores; 2. El Tribunal efectuará la publicación de la comunicación en el tablón de anuncios del órgano; 3. El Tribunal publicará el anuncio de la audiencia y el depósito de la documentación en un sitio web consultable por vía telemática; TRENTINI C (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 37, donde dice que *“Non dovrebbe essere dubio che la comunicazione possa essere eseguita mediante lettera raccomandata, ovvero mediante altra modalità che assicuri la ricezione ed alla comunicazione”*.

<sup>272</sup> Vid. APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 165, en la que explica que el Tribunal, inicialmente hace un control de los requisitos formales de la demanda, para comprobar que efectivamente sea admitida a trámite. Sin embargo, tras la audiencia tendrá que examinar con más detenimiento la documentación presentada, el informe del experto independiente, la certificación del deudor sobre la fase de negociación, y la idoneidad de la propuesta para satisfacer íntegramente a los acreedores disidentes. Finaliza diciendo que este control es necesario en aras de evitar cualquier tipo de actuación oportunista o fraudulenta del deudor; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1263,

El tribunal decidirá, a través de decreto motivado<sup>274</sup>, si efectivamente se concede o no la medida de protección ex art. 182 bis VI Legg. Fall. Si el decreto estima la demanda de protección, se iniciará la prohibición de interponer acciones ejecutivas o cautelares contra el patrimonio del deudor, por una duración máxima de 60 días, desde la fecha de publicación de la demanda de protección. Se concederá un plazo no superior a los 60 días<sup>275</sup>, para que el deudor presente un Acuerdo de Refinanciación definitivo. En caso en que no lo presente, la protección decae por sí sola, pudiendo instarse cualquier tipo de acción individual<sup>276</sup>.

---

*“Nel corso dell’udienza, si reputam nonostante il carattere sommario e di natura prognostica della fase di tutela anticipatoria, che il tribunales debba effettuare un controllo non esclusivamente formale in merito alla documentazione richiesta, ma debba compiere una verifica anche di carattere sostanziale della ricorrenza dei presupposti per pervenire all’accordo di ristrutturazione”*; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 36, en este sentido; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 56, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 121, en este sentido, explicando el control que efectúa el Tribunal sobre la demanda de protección.

<sup>273</sup> Vid. BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 57, *“Il procedimento è ispirato al rito che caratterizza i procedimenti cc.dd. in camera di consiglio, che di norma riguardano situazione (per esempio in materia societaria) nelle quali il contraddittorio tra le parte interessate può svilupparsi con una certa elasticità e flessibilità”*.

<sup>274</sup> Vid. ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 13, en la que dice que el Juez examinará la propuesta de Acuerdo de Refinanciación, así como su requisitos y los visos de prosperidad de la misma. Decidirá sobre la medida de protección por medio de decreto motivado; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1262, en sentido; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 56, en este sentido; GIRONE L. (2011), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, in **le oltre procedure concorsuali Reati fallimentari Problematiche Comunitarie e trasversali Fallimento e Fisco, Trattamento delle procedure concorsuali**, diretto e coordinato da APICE U., Torino, pág. 537, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 120, en la que explica que el Tribunal, una vez haya analizado la concurrencia de los requisitos, y comprobado la viabilidad de la propuesta de Acuerdo de Refinanciación, emitirá su decisión por medio de decreto motivado; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 36, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 89, en este sentido.

<sup>275</sup> Vid. GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., pág. 45, *“il tribunale dispone, con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire azione cautelari o esecutive, ovvero acquisire titolo di prelazione non concordati, ed assegna il termine, non superiore a sessanta giorni, per il deposito dell’accordo di ristrutturazione e della relazione del professionista”*; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 42, en este sentido.; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 120, en este sentido; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 56, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 90, en este sentido.

<sup>276</sup> Vid. BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., págs. 58 y 59, en las que estudia la cuestión. Dice que en caso en que el deudor no presente el Acuerdo de Refinanciación definitivo, la medida decae sin necesidad de

El deudor no tiene que presentar la propuesta de Acuerdo elevada a definitiva. Puede homologar un Acuerdo de Refinanciación diferente<sup>277</sup>, o bien cualquier tipo de solución negocial<sup>278</sup>.

El decreto motivado, será objeto de publicación en el Registro Mercantil, ya que será apelable dentro de los 15 días siguientes<sup>279</sup> a la fecha de su publicación en el. Por lo que a efectos de apelación, se requiere la publicidad del decreto que concede esta protección.

---

pronunciamiento judicial. Precisa que se podrán interponer acciones individuales, ex tunc. Con ello, el autor nos indica que se podrán interponer una vez haya transcurrido el plazo, pero no con efecto retroactivo desde el momento de la publicación. Esto se debe a que, una vez declarada la prohibición de “automatic stay”, no se precisa el depósito del Acuerdo de Refinanciación, para que esta surta efecto. Su eficacia viene de la mano del decreto que la declara; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág.1262, en este sentido. Añade que el cese de la protección será ex tunc, no retrotrayéndose al momento de su declaración; CASTIELLO D’ANTONIO A. (2013), **“Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali”**, cit., pág. 314, exponiendo que en caso en que trascurra el plazo de 60 días, sin haberse presentado demanda de homologación del Acuerdo definitivo, los acreedores podrán iniciar acciones ejecutivas y cautelares; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 90, en este sentido. Añade que el cese de la prohibición será ex tunc.

<sup>277</sup> Vid. APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 68, *“Il debitore può depositare un accordo il cui contenuto differisca da quello oggetto delle trattative, a fronte delle quali i creditori avevano acconsentito a subire limitazione in merito alla possibilità di esperire azione di recupero individuali”*; GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., pág. 49, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 122, en este sentido.

<sup>278</sup> Vid. AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 122, *“La seconda parte dell’8º e ultimo comma è invece del tutto nuova. In base a essa, nello stesso termine fissato dal tribunale per il deposito de un accordo è consentito il deposito di una domanda di concordato preventivo, nel qual caso vanno tenuti fermi gli effetti di cui ai commi 6º e 7º del medesimo art. 185 bis. Il precetto rappresenta un’ulteriore applicazione di quella sorta di principio dei vasi comunicati fra concordato preventivo e accordi di ristrutturazione, in coerenza con l’idea che sia bene dar modo e tempo all’imprenditore e ai suoi consulenti di individuare lo strumento che meglio si attaglia alle caratteristiche della –spesso mutevole- situazione concreta, ove necessario cambiando cavallo in corsa”*; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1263, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 120, en este sentido; GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., pág. 50, en este sentido.

<sup>279</sup> Vid. MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 43, en la que dice que se prevé la posibilidad de formular apelación contra el decreto que declara la prohibición. Llama la atención como el legislador permite la oposición de las partes que estén interesadas en dicha declaración, mientras que impide la oposición a la prohibición. El autor considera que es una gran incongruencia que el legislador debiera corregir; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1262, en este sentido; VALENSISE P. (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., pág. 266, en la que se pronuncia en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 91, en este sentido.

Nos vemos en la obligación de precisar que en la realidad fáctica la demanda de propuesta anticipada de Acuerdo de Refinanciación no tendrá viabilidad práctica<sup>280</sup>. Ello se debe a que la protección concedida por el legislador puede obtenerse por medio de la creación de un Plan de Saneamiento (“Piano di risanamento”<sup>281</sup>) regulado en el artículo 161 IV Legg. Fall., cuyos requisitos son más sencillos, o bien el Concordato en Blanco (“Concordato con Riserva o Concordato in Bianco”<sup>282</sup>).

Respecto al **acuerdo de refinanciación perfeccionado** (ex art. 182 bis Legg. Fall.), hemos de decir que tendrá que someterse a un procedimiento de homologación

---

<sup>280</sup> Vid. ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 12, en la que dice que esta medida de protección es común a la propuesta anticipada de Acuerdo de Refinanciación, al “Piano di Risanamento” y al “Concordato in bianco”, siendo la propuesta de Acuerdo de Refinanciación la más laboriosa; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1264, en este sentido; GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., pág. 27, en este sentido, de hecho trata el “Piano di risanamento attestato” como una figura muy semejante al Acuerdo de Refinanciación, sin embargo con unos requisitos menores y menor protección. Sin embargo sí gozará de la prohibición de interponer acciones ejecutivas y cautelares, además de adquisición de títulos preferentes. Por tanto, con unos requisitos más sencillos, pero la misma protección respecto a las acciones ejecutivas, considera que la propuesta de Acuerdo de Refinanciación no es viable; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 118, en el mismo sentido. Dice que la protección de “automatic stay” se puede conseguir también por medio de la presentación de la “domanda de concordato con riserva”, pues sus requisitos son mucho menos exigentes.

<sup>281</sup> Vid. TRONCI L. (2013), **“Perdita della continuità aziendale e strategie di risanamento”**, cit., págs. 2 a 7 en las que explica de forma genérica el “piano di risanamento”. Según el autor, el plan consistirá en una estrategia del deudor encaminada a asegurar la continuidad de la empresa en un futuro previsible. Es un acto unilateral del deudor, siendo potestativo que éste alcance un consenso con sus acreedores, o bien que lo disponga a su libre voluntad. Lo importante es que, a través del “piano di risanamento”, el deudor prevea una estrategia que asegure el funcionamiento de la empresa en un futuro previsible. Respecto al futuro previsible, el autor ha precisado que serán los 12 meses siguientes a la fecha en la que se concluya en “piano di risanamento”. Este Plan tendrá que ser informado por un experto independiente, el cual tendrá que examinar la viabilidad del mismo, así como su idoneidad para asegurar la continuidad de la actividad profesional de la empresa. El experto independiente se designará de la misma manera que en el Acuerdo de Refinanciación; GUERRIERI G. (2012), **“Il controllo giudiziale sui piani attestati”**, cit., completo, en el que estudia el “Piano Attestato di Risanamento” comparándolo con otros institutos preconcursales. A lo largo del artículo define esta figura en el mismo sentido; GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., pág. 27 a 30 y 126 a 129, en este sentido aportando la misma definición aunque profundiza más en el contenido del mismo. En las páginas 126 a 129 se hace una comparación sobre los requisitos de ambas instituciones.

<sup>282</sup> Vid. AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 118 a 120, en las que explica, de manera comparada, los requisitos de la demanda de protección y la de “concordato in bianco”. Puede verse claramente que la segunda tiene unos requisitos mucho más fáciles de conseguir. De hecho, el autor culmina la explicación, en la página 120 diciendo que realmente no se interpondrán este tipo de demandas, salvo cuando ya se tenga casi terminado el Acuerdo de Refinanciación; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1264, en este sentido.

judicial, ya que de lo contrario, no se podrá considerar un acuerdo de refinanciación típico.

Éste es un procedimiento cameral<sup>283</sup>, es decir, que la decisión será debatida en conjunto por los miembros del tribunal competente, en el sentido de los artículos 737 y siguientes del Código Procesal Civil (en adelante C.P.C).

Así, el procedimiento de homologación del acuerdo de refinanciación comienza con la presentación de la demanda ante el tribunal competente. Será el mismo que para la declaración de concurso, en el sentido del artículo 9 Legg. Fall<sup>284</sup>. El tribunal del lugar donde tenga su sede principal la empresa deudora.

En lo referente a la legitimación activa de la demanda, le corresponde al empresario deudor, como único legitimado<sup>285</sup>. La legitimación puede presentar varios problemas, como es el caso de las sociedades<sup>286</sup>. Según el tipo de sociedad de que se trate, la legitimación tendrá que venir apoyada por la decisión de los órganos societarios.

Esta demanda tendrá que venir acompañada del acuerdo de refinanciación ya formalizado en original<sup>287</sup>, de la documentación<sup>288</sup> del artículo 161 Legg. Fall., los

---

<sup>283</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., págs. 1243 y 1252, en las que dice que el procedimiento de homologación del Acuerdo de Refinanciación, se tramitará por los cauces del proceso en *“Camera di Consiglio”*; PAGNI I. (2010), **“I presupposti. La dichiarazione di fallimento. Le soluzioni concordatarie”**, *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da BUONOCORE V./BASSI A., coordinato da CAPO G./DE SANTIS F./MEOLI B., vol. 1, Padua, pág. 607, en este sentido, y remitiéndose a la aplicación del artículo 737 ss CPC y 742 bis CPC; GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa”**, cit., pág. 136 en este sentido.

<sup>284</sup> Vid. PAGNI I. (2010) **“I presupposti. La dichiarazione di fallimento. Le soluzioni concordatarie”**, cit., pág. 607, nota a pie de página 468; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 7, en este sentido diciendo que la competencia corresponde al Tribunal que declara el concurso; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1248, en este sentido.

<sup>285</sup> Vid. ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 7, *“La legittimazione alla presentazione del ricorso spetta unicamente all’imprenditore, che dovrà stare in giudizio a mezzo di un difensore ai sensi dell’art. 82 c.p.c.”*; VALENSISE P. (2010), **“La legge fallimentare dopo la riforma”**, cit. pág. 2261, en este sentido; GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., pág. 48, en este sentido, diciendo que sólo el deudor que haya promovido el Acuerdo de Refinanciación puede presentar la demanda de homologación del Acuerdo; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1243, en este sentido.

<sup>286</sup> Vid. TRENTINI C. (2012) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 215 y 216, en las que trata la legitimación de las sociedades como legitimadas, diciendo que *“pare esatto dover distinguere tra società di persone, per lo quali occorrerà la delibera della maggioranza assoluta dei soci, e la società di capitali, relativamente alle quali la regola è nel senso che il potere relativo compete agli amministratori se nello statuto sia loro attribuito”*; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1243, en este sentido.

<sup>287</sup> Vid. AMBROSINI S (2007), **“Il nuovo diritto fallimentare”**, diretto da JORIO A., coordinato da FABIANI M., Tomo II, edit, Zanichelli, Bologna, pág. 1152, en la que dice que el acuerdo de refinanciación tendrá que ser depositado en el tribunal y en el Registro Mercantil en original, no siendo válida la

documentos acreditativos de las adhesiones de acreedores que representen al menos el 60% del pasivo del deudor<sup>289</sup> y de un informe de un experto independiente en posesión de los requisitos establecidos en el artículo 67 III d) Legg. Fall sobre el acuerdo de refinanciación.

Esta documentación tendrá que ser cierta, pues en caso contrario no se podrá homologar el acuerdo de refinanciación. Es por lo que el experto independiente, que evalúa el acuerdo de refinanciación, se tendrá que pronunciar expresamente sobre la veracidad de los datos<sup>290</sup> de la empresa, de la documentación, y sobre una evaluación del acuerdo de refinanciación.

La doctrina se muestra vacilante<sup>291</sup> sobre el momento de la publicación del Acuerdo de Refinanciación. Sin embargo no cabe duda de que tendrá que efectuarse.

Respecto a su publicación, será en el Registro Mercantil<sup>292</sup> del lugar donde la empresa tenga su sede principal. Como hemos dicho antes, se entiende que será inscrita en el Registro Mercantil<sup>293</sup>. Respecto a lo que será objeto de inscripción, la doctrina se muestra vacilante<sup>294</sup>.

---

copia del mismo; GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa”**, cit., pág. 128, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 125, en este sentido.

<sup>288</sup> Para una pormenorización de la documentación que tiene que acompañar a la demanda de homologación del acuerdo de refinanciación, véase el apartado 1.2.4 Los Acuerdos de Refinanciación en el año 2012.

<sup>289</sup> Vid. **Tribunale di Milano di 25 di marzo 2010**, en la que se posiciona diciendo que para la admisión de una demanda de homologación del acuerdo de refinanciación, y para la publicación del mismo, será preciso que las adhesiones se formalicen correctamente, por cualquier medio que deje cierta fiabilidad escrita.

<sup>290</sup> Vid. VALENSISE P. (2010), **“La legge fallimentare dopo la riforma”**, cit., pág. 2275, donde dice que tendrá que ser verídica, ya que será objeto de evaluación tanto por el experto independiente, como por el Juez que homologa el acuerdo de refinanciación. Dice que el tribunal, una vez haya constatado la veracidad de la documentación presentada, procederá a examinar su coherencia y lógica con el contenido del acuerdo de refinanciación.

<sup>291</sup> Respecto a las teorías sobre el momento de la publicación de la demanda de homologación, será estudiada en el apartado 4.1 La oposición a la demanda de homologación del acuerdo de refinanciación.

<sup>292</sup> Vid. APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 147, en la que expone la necesidad de publicación de la demanda de homologación del Acuerdo de Refinanciación, como una *conditio iuris*. De hecho dice que antes de la publicación, el Acuerdo no es más que un mero contrato inter partes. Pero después de ser publicada, provoca efectos a terceras personas, como es la protección reconocida en el artículo 182-bis III Legg. Fall.; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 66, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 20, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1247, en este sentido.

<sup>293</sup> Vid. SANNA V. (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: profili pubblicitari”**, **Profili della nuova legge fallimentare**, a cura di IBBA C., edit. Giappichelli, Torino 2009, pág. 129 a 131, en las que considera que la exigencia del legislador no puede verse cubierta por la simple publicación,

Desde la fecha de publicación<sup>295</sup> comienza la prohibición de interponer o continuar acciones cautelares o ejecutivas contra el patrimonio del deudor durante 60 días. Igualmente se considera el “dies a quo” de los 30 días para que los acreedores puedan formular oposición.

De hecho, el legislador dispone que el acuerdo de refinanciación será eficaz desde la fecha de su publicación, por lo que supedita la perfección del acuerdo a la publicación en el Registro Mercantil. No obstante, esta eficacia quedará a expensas de la prosperidad de la demanda de homologación.

Para el caso en que el Acuerdo sea publicado posteriormente a la presentación de la demanda, el deudor deberá solicitar al Registrador Mercantil que se comunique al Tribunal la publicación efectuada<sup>296</sup>, ya que de esta forma se asegura que el juicio de homologación sea mucho más corto y rápido. Así, el tribunal contemplará la publicación y tendrá en cuenta los efectos que de ella se derivan<sup>297</sup>. También justifica

---

sino que exige la inscripción en el Registro Mercantil. Basa su razonamiento en la tremenda importancia de la publicación, ya que no sólo tiene la función de informar, sino que es también constitutiva de una prohibición y referencial para fijar el plazo de oposición. Finaliza diciendo que también puede considerarse una eficacia declarativa, porque marca la fase en la que se encuentra el acuerdo de refinanciación de un deudor en concreto; APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., pág. 113, en este sentido

<sup>294</sup> Respecto al objeto de la publicación, será estudiado posteriormente en el Capítulo 4, apartado 4.1 a cuyo contenido y doctrina me remito en aras de la brevedad.

<sup>295</sup> Vid. FABIANI M. (2011) “**Diritto fallimentare**”, cit., pág. 696, que se pronuncia diciendo que la función de la publicación de la demanda de homologación del acuerdo de refinanciación, no es sólo pública, sino que además fija el comienzo para la prohibición establecida en el artículo 182 bis VI Legg. Fall. y marca el inicio del plazo de oposición de los acreedores; GALARDO M. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa**”, cit., pág. 125, en el mismo sentido; GIORGETTI M. (2013), “**Accordi di Ristrutturazione**”, cit., pág. 46, en este sentido, añadiendo que la publicación de la demanda de homologación, es imprescindible. De hecho dice que antes de la publicación, el Acuerdo no es más que un mero contrato inter partes. Sin embargo, una vez publicado, para a tener efectos para con terceras personas. Buena manifestación de este carácter es la prohibición automática de interponer acciones ejecutivas, cautelares, o de adquirir títulos de prelación; APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., págs. 109 y 148, en este sentido, diciendo que todos los efectos del Acuerdo de Refinanciación surgirán desde la fecha de publicación en el Registro Mercantil; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., pág. 56, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., págs. 1247 y 1249, en este sentido, diciendo que la fecha de publicación es la referencia para todo. Precisa que desde este momento comienza la prohibición reconocida en el artículo 182-bis III Legg. Fall.

<sup>296</sup> Vid. VALENSISE P. (2012) “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit., pág. 429, en la que opina que es el empresario el interesado en que se le comunique al tribunal la publicación de la demanda de homologación. El autor realiza una exposición de los motivos de tal conveniencia; GALARDO M. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa**”, cit., pág. 135, en este sentido diciendo que el deudor presentará la demanda de homologación, para pedir posteriormente la publicación del Acuerdo y de la demanda, así como que se comunique al Tribunal que se ha efectuado la publicación en el Registro Mercantil.

<sup>297</sup> La publicación del acuerdo de refinanciación dará lugar a la prohibición de interponer acciones cautelares o ejecutivas contra el patrimonio del deudor durante 60 días, la prohibición de adquirir títulos preferentes durante 60 días y la irrevocabilidad del acuerdo de refinanciación.

el cumplimiento del último de los requisitos necesarios para la homologación del acuerdo de refinanciación.

El siguiente trámite es el de oposición. Se consideran legitimados para formular oposición todos los acreedores<sup>298</sup>, con independencia del tipo de crédito que posean, o de la relevancia del mismo. También estará legitimado para oponerse a la demanda de homologación el Ministerio Fiscal<sup>299</sup>, aunque no estará obligado a oponerse, por lo que no se le dará traslado de la demanda.

Igualmente estarán legitimados para la oposición a la homologación del acuerdo de refinanciación cualquier interesado<sup>300</sup>. El legislador así lo dispone en el artículo 182 bis IV Legg. Fall. En estos casos será preciso que el interesado acredite tener un interés patrimonial directo<sup>301</sup> en la homologación del acuerdo de refinanciación, ya que de lo contrario se desestimará su oposición por falta de legitimación. Sin

---

Todo ello a expensas del resultado de la demanda de homologación, aunque el dies a quo sea la fecha de publicación en el Registro.

<sup>298</sup> Vid. BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 67, en este sentido, diciendo que los acreedores y cualquier otro interesado pueden formular oposición en los 30 días siguientes; VALENSISE P. (2010) **“La legge fallimentare dopo la riforma”**, cit., pág. 2297; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1251, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 21 a 23, 61 y 62, en este sentido; **Tribunale di Bologna d 17 di novembre 2011**, en este sentido.

<sup>299</sup> Vid. ROLFI F. (2011), **“Gli accordi di ristrutturazione: profili processuali e ricadute sostanziali”**, Riv. Fallimento, núm. 1, pág. 109, en la que expone que, aunque el legislador no haya mencionado la legitimación del Ministerio Fiscal, al ser una cuestión pública, como el funcionamiento del mercado y del sistema económico, podrá estar legitimado; Sentencia del Tribunal de Milán de 25 de marzo de 2010, publicada en la revista Diritto Fallimentare, núm. 2 de 2011, pág. 479; ZANICHELLI (2010), **“I concordati giudiziali”**, cit., pág. 612; LA CROCE G. (2010), **“Le soluzioni “negoziare” alla crisi d’impresa. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, Riv. Giur. it., núm. 11, pág. 2473; FABIANI M. (2010), **“Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e proceso per fallimento”**, cit., apartado 7 completo, ya que en este epígrafe, titulado “la Legittimazione all’opposizione e il ruolo del P.M.”, trata esta cuestión de forma exhaustiva.

<sup>300</sup> Vid. BELLO A. (2006), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare”**, cit., pág. 325, donde dice que todos los acreedores podrán oponerse a la homologación del acuerdo de refinanciación, aunque el legislador se refiera en mayor medida a los acreedores no adheridos, ya que los acreedores adheridos tienen intereses puestos en la prosperidad del acuerdo. En la página 326 trata la legitimación de los interesados como un tipo abierto, en el que se incluye toda persona que se vea afectada por un acuerdo de refinanciación; D’AMOBROSIO C. (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, Fallimento e altre procedure concorsuali, AAVV, diretto da FAUCEGLIA G./PANZANI L., editorial Utet Giuridica, Vol. III, Torino, pág. 1819; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 22 y 23, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1251, en este sentido.

<sup>301</sup> Vid. AMBROSINI S. (2010) **“Il nuovo diritto fallimentare”**, cit., pág. 1159; LO CASCIO (2011), **“Il concordato preventivo”**, cit. pág. 780; GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., pág. 59.

embargo, hay ciertos casos que la doctrina<sup>302</sup> ha precisado que no están legitimados para oponerse a la homologación.

Para formular oposición, los legitimados cuentan con un plazo de 30 días hábiles<sup>303</sup> desde la fecha de publicación de la demanda en el Registro Mercantil.

En los que refiere a los motivos de oposición, el legislador no ha establecido ningún elenco de motivos tasados para la oposición (a diferencia que en España). La doctrina<sup>304</sup> considera que puede ser cualquier motivo que realmente afecte a la homologación del acuerdo de refinanciación.

Esta oposición se tendrá que presentar ante el Tribunal que está enjuiciando el acuerdo de refinanciación, y tendrá que ir acompañada de defensa letrada<sup>305</sup>, pues así lo dispone la regla general del artículo 82 III CPC.

Transcurridos los 30 días para formular oposición, el Tribunal examinará la demanda de homologación del acuerdo de refinanciación y las oposiciones planteadas, si las hubiere<sup>306</sup>. Concretamente centrará su examen en los siguientes extremos<sup>307</sup>:

---

<sup>302</sup> Vid. TRENTINI C. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit. pág. 292 a 295, donde establece una serie de caso, a título ejemplificativo, que no están legitimados para oponerse a la demanda de homologación del acuerdo de refinanciación.

<sup>303</sup> Vid. BONFATTI P./CENSONI P.F. (2011), **“Manuale d diritto fallimentare”**, cit. pág. 656, donde destaca el plazo de 30 días para formular oposición; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 67, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 21 y 60, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1251, en este sentido.

<sup>304</sup> Vid. NIGRO A./VATTERMOLI D. (2009), **“Diritto della crisi delle imprese”**, editorial Il Mulino, Bologna, pág. 386, poniendo una serie de ejemplos sobre posibles motivos de oposición, como son, el incumplimiento de requisitos del acuerdo de refinanciación, la no satisfacción de los acreedores, falseamiento de la documentación, etc. PROTO C. (2006), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 134, en este sentido; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 67, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 23 y 62, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1251, en este sentido.

<sup>305</sup> Aunque la Ley no lo disponga expresamente, la doctrina considera que el oponente deberá ir asistido de abogado. En este sentido FRASCAROLI SANTI E. (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale”**, editorial CEDAM, Padua, pág. 157; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1251, en este sentido; **Tribunale di Ravenna, Sez. Fallimentare di 10 ottobre di 2013**, en el mismo sentido, ya que se trata de un procedimiento cameral.

<sup>306</sup> Vid. VALENSISE P. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare”**, cit., pág. 457, en la que el autor dice que no se trata de justicia rogada, sino que al ser la homologación de un acuerdo, y por tanto su oponibilidad “erga omnes”, confluyen intereses públicos. Por consiguiente, aunque no se hayan planteado oposiciones a la homologación del acuerdo de refinanciación, el Tribunal deberá examinar los extremos oportunos y su corrección; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi”**

- Sobre el pago a los acreedores que no se han adherido al acuerdo de refinanciación<sup>308</sup>, en los términos del artículo 182 bis I Legg. Fall. Es decir, dentro de los 120 días desde la fecha de homologación para los créditos vencidos, y dentro de los 120 días desde la fecha del vencimiento de los créditos no vencidos.
- Examinará el plan de actuación o viabilidad del acuerdo de refinanciación, su lógica, coherencia y razonamiento con el acuerdo.
- El informe del experto independiente<sup>309</sup>, junto con una evaluación de sus requisitos de independencia, en el sentido del artículo 67 III d) Legg. Fall.
- Examinará igualmente el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos en el artículo 182 bis Legg. Fall.
- También tendrá que examinar su competencia para el enjuiciamiento de la homologación del acuerdo de refinanciación.
- Por último tendrá que evaluar la veracidad y coherencia de la documentación presentada junto con la demanda. Es decir, la documentación mencionada en el artículo 161 II Legg. Fall.

El Tribunal, para el caso en que así lo estime necesario, podrá solicitar información en los extremos en los que considere imprescindibles.

Una vez examinados todos los extremos, el Tribunal emitirá su decisión a través de decreto motivado. Este decreto motivado podrá adoptar alguno de los siguientes pronunciamientos:

- Denegar la homologación por cualquier motivo, como puede ser la falta de algún requisito, o la falta de viabilidad del acuerdo de refinanciación,

---

**d'impresa**", cit., pág. 67, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), "**Commentario breve alla Legge Fallimentare**", cit., pág. 1254, en este sentido.

<sup>307</sup> Vid. TRENTINI C. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit., pág. 308, donde establece un elenco de los extremos en los que se fundamenta el enjuiciamiento del Tribunal.

<sup>308</sup> Vid. VALENSISE P. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare**", cit., pág. 387.

<sup>309</sup> Vid. PRESTI G. (2006), "**L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale**", **Riv. Fallimento**, núm. 2, pág. 172, donde establece un elenco de todos los aspectos que el Tribunal competente tendrá que examinar antes de dictar su decreto motivado.; CENICCOLA A. (2008), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", **Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme**, AAVV, a cura di CELENTANO P/FORGILLO E., editorial Utet Giuridica, Torino, pág. 1207 ss.

entre otros. De este pronunciamiento cabe hacer una serie de reflexiones<sup>310</sup>:

- La desestimación de la homologación del acuerdo no impide que el deudor pueda formular nueva demanda de homologación, con un nuevo acuerdo de refinanciación.
- Implicará necesariamente el cese de la prohibición de iniciar o continuar acciones ejecutivas o cautelares y de adquirir títulos preferentes, de duración máxima de 60 días<sup>311</sup>.
- La desestimación de la demanda de homologación del acuerdo de refinanciación no implica la declaración inmediata del concurso. Sin embargo, en el caso en que se aprecie la concurrencia de los presupuestos reconocidos en los artículos 1 a 5 Legg. Fall. (presupuestos para la declaración del concurso), podrá dictar una Sentencia diferente en la cual se declare el concurso de la empresa (ex art. 180 VII Legg. Fall.<sup>312</sup>).

---

<sup>310</sup> Vid. VALENSISE P. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare**”, cit., pág. 460, en la que establece los efectos que conlleva la desestimación de la demanda de homologación del acuerdo de refinanciación.

<sup>311</sup> Vid. CAPOBIANCO E. (2010), “**Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d’impresa. Profili funzionali strutturali e conseguenze dell’inadempimento del debitore**”, Riv. Banca, borsa, tit. cred., núm. 3, pág. 321, donde dice que si el acuerdo de refinanciación no se homologa, devienen a menos automáticamente todos sus efectos.

<sup>312</sup> El artículo 180 VII Legg. Fall., “*dispone que Il tribunale, se respinge il concordato, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui gli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore, con separata sentenza, emessa contestualmente al decreto*”; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1259, en la que expone que el incumplimiento del Acuerdo de Refinanciación homologado, o el rechazo de la demanda de homologación, no conlleva a la declaración de concurso. Para ello será preciso que sea instada por alguno de los legitimados y que el deudor se halle en estado de insolvencia; AMBROSINI S. (2008), “**Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit. pág. 181; GALARDO M. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa**”, cit., pág. 140, en la que dice que sólo se declarará el concurso en sede homologatoria cuando haya sido la demanda de homologación haya sido desestimada, se cumplan los presupuestos para la declaración de concurso y haya sido expresamente pedido por alguna de las partes; **Cassazione, Sez. Unita di 23 di gennaio 2013, num. 1521**, “*Il legislatore ha eliminato l’automatismo della declaratoria di fallimento una volta definito negativamente il giudizio di omologazione – e ciò in ragione della avvertita necessità di subordinare la fallibilità dell’imprenditore ad istanza di parte*”; **Tribunale di Milano, Sez. II di 25 di marzo 2010**, en la que se dice que la declaración de concurso deberá recogerse en Sentencia separada de aquella que deniega la homologación del Acuerdo de Refinanciación; **Corte d’Appello di L’Aquila di 10 ottobre 2012, num. 1139**, en la que dice que para que de la demanda de homologación del Acuerdo de Refinanciación, se declare el concurso, será necesario lo siguiente: 1. Que algún opositor se haya pronunciado en este sentido; Que se den, efectivamente, los presupuestos para la declaración del concurso; **Tribunale di Milano, Sez. II di 15 di ottobre 2009**, en el mismo sentido.

- No conlleva a la resolución del Acuerdo de Refinanciación ni de los pactos contenidos en él, salvo condición resoluctiva expresa<sup>313</sup>.
- Considerar algún defecto en el acuerdo de refinanciación, o en alguno de sus requisitos, subsanable. En este caso, el tribunal podrá decretar la cristalización de los efectos del acuerdo de refinanciación, instando a su modificación. El Tribunal no puede modificar de oficio el acuerdo<sup>314</sup>, sin embargo puede instar a que lo haga el empresario con el consenso de los acreedores adheridos. Podrá declarar la cristalización de las medidas protectoras del acuerdo, para el caso en que realmente tenga unos grandes visos de prosperidad.
- Podrá estimar la homologación del acuerdo de refinanciación. En este caso comenzará el efecto de irrevocabilidad del acuerdo de refinanciación y de todos los negocios que sean necesarios para la ejecución del acuerdo de refinanciación. Será eficaz desde la fecha en que se produjo la publicación de la demanda de homologación<sup>315</sup>.

El decreto será objeto de publicación<sup>316</sup> en el Registro Mercantil donde hubiere sido inscrita la demanda de homologación del acuerdo. Es decir, se publicará en el mismo Registro del lugar donde la empresa tiene su sede principal.

El artículo 182 bis V, prevé que el decreto que decida sobre la homologación del acuerdo de refinanciación será objeto de apelación. El precepto dispone un plazo de 15 días a contar desde la fecha de publicación del decreto en el Registro Mercantil<sup>317</sup>.

Es un plazo relativamente corto para formular la apelación, además de no haber suficiente comunicación ni difusión del resultado del decreto, ni tan siquiera de la emisión del mismo.

<sup>313</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1256, en este sentido.

<sup>314</sup> Vid. FRASCAROLI SANTI E. (2009), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale**”, cit., pág. 162.

<sup>315</sup> Vid. APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., pág. 148, “*l’evento pubblicitario rappresenta il momento a partire dal quale gli atti posti in essere in esecuzione dell’accordo, una volta intervenuta l’omologazione e beninteso in caso di successiva dichiarazione di fallimento, beneficeranno degli effetti protettivi di cui all’art. 67, comma 3, lett e); così come i crediti annoverati nell’art. 182-quarter, comma 1, beneficeranno della prededucibilità ai sensi dell’art. 111*”; MARCHEGIANI L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**”, cit., pág. 180, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., pág. 20 y 55, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1247, en este sentido.

<sup>316</sup> Vid. VALENSISE P. (2010), “**La legge fallimentare dopo la riforma**”, cit., pág. 2304.

<sup>317</sup> Vid. BONFATTI S. (2013), “**Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa**”, cit., pág. 67, en este sentido; VALENSISE P. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 463, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1254, en este sentido.

Se consideran legitimados a efectos de apelación todos aquellos que hubiesen participado en el juicio de homologación. Es decir, el empresario y todos aquellos que hayan planteado oposición a la homologación.

La Legg. Fall. no prevé la posibilidad de recurso de casación contra el pronunciamiento de la Corte de Apelación. Sin embargo, parte de la doctrina<sup>318</sup> considera que sí será objeto de casación, según la regla general establecida en los artículos 739 ss CPC.

Los acuerdos de refinanciación típicos gozarán<sup>319</sup> de ciertas medidas de protección establecidas en la Legg. Fall, denominados **“escudos protectores”** (**“ombrelli protettivi”**). Concretamente son los siguientes:

- La prohibición de iniciar o continuar acciones ejecutivas o cautelares contra el patrimonio del deudor, ni de adquirir títulos de prelación, salvo que se haya pactado en contrario<sup>320</sup>. Esta medida de protección tiene una

---

<sup>318</sup> Vid. FABIANI M. (2010), **“Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento”**, cit., pág. 114, donde dice que *“Mi par dunque più logico ricercare la coerenza della alternativa ricorso per cassazione/revoca, non già sul piano formale ma su quello sostanziale. Ed allora ci si deve confrontare con quello che è l'oggetto del processo di omologazione. Se l'oggetto del processo è l'accertamento per cui un accordo intervenuto fra privati è idoneo a rimuovere lo stato di crisi di una impresa liberando risorse per gli estranei, il decreto del tribunale che accoglie (o rigetta) la richiesta di omologazione ben parrebbe iscriversi nel catalogo delle tutele camerali autorizzatorie-omologatorie<sup>l</sup>, cioè che legittimerebbe la soluzione dell'esclusione della ricorribilità per cassazione. Ma, a ben vedere se il decreto di omologazione produce quale effetto una estensione dell'efficacia di un accordo anche verso terzi, non si può porre nell'oblio che oggetto dell'accertamento è, anche (e forse soprattutto in prima battuta), l'accertamento negativo dello stato di insolvenza, ciò che in altra sede ho qualificato come potere processuale di vedere regolato il dissesto con le regole della concorsualità (in luogo di quelle dell'adempimento secondo le regole di diritto comune) . Sulla scorta di un siffatto argomentare il decreto ha una natura mista e composita, perché da un lato funziona come condicio iuris della propalazione di effetti dell'accordo verso terzi e dall'altro incide sull'accertamento dello stato di "non insolvenza" .*

<sup>319</sup> Vid. BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d'impresa”**, cit., pág. 46, en la que los escudos protectores suponen el mayor incentivo del Acuerdo de Refinanciación, diciendo que *“Si è già segnalato che gli incentivi previsti dall'attuale legge fallimentare per il ricorso alle procedure di composizione negoziale delle crisi di impresa sono essenzialmente di quattro ordini: (a) esimente da responsabilità penale, (b) esenzione dalla revocatoria; (c) effetti protettivi per il debitore nei confronti delle azioni aggressive di singoli creditori; (d) prededuzione della c.d. nuova finanza”*.

<sup>320</sup> Vid. GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l'impresa”**, cit., págs. 45, 47 y 146 a 149, en la que explica que esta medida de protección estará vigente durante los 60 días siguientes a la publicación del Acuerdo de Refinanciación en el Registro Mercantil. Continúa explicando que esta medida de protección sirve para proteger el patrimonio del deudor, evitando que el proceso de homologación sea inútil; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 181, en este sentido; VALENSISE P (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare”**, cit. pág. 287 y 288 para un estudio más detallado de la prohibición de adquisición de títulos preferentes durante 60 días; ; CASTIELLO D'ANTONIO A. (2013), **“Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali”**, cit., pág. 314, en este sentido; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 13, en este sentido; GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., págs. 44 y 47, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di**

duración máxima de 60 días, desde la fecha de publicación del acuerdo de refinanciación (ex art. 182 bis I Legg. Fall.). No se extenderá a la posibilidad de declarar el concurso del empresario, según la jurisprudencia mayoritaria<sup>321</sup>, aunque parte de la doctrina considera que sí<sup>322</sup>.

- La irrevocabilidad de los actos previstos para la ejecución del Acuerdo de Refinanciación, según el artículo 67 III e) Legg. Fall.<sup>323</sup>.

En lo que respecta a la prohibición ex art. 182 bis III Legg. Fall., de interponer o continuar acciones cautelares o ejecutivas contra el patrimonio del deudor y adquirir títulos de prelación, tendrá una duración máxima de 60 días improrrogables<sup>324</sup>, a

---

**ristrutturazione del debito**", cit., pág. 153, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), "**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**", cit., pág. 117, explicando la medida de protección en cuestión; BONFATTI S. (2013), "**Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d'impresa**", cit., pág. 60, en este sentido. Añade que durante este período, los plazos de prescripción de las acciones que pudieren promoverse, quedarán suspendidos; MAFFEI ALBERTI A. (2013), "**Commentario breve alla Legge Fallimentare**", cit., pág. 1249, en este sentido.

<sup>321</sup> Vid. **Tribunale di Milano di 10 de novembre 2009**, que establece que no se podrá declarar el concurso en atención a la nueva financiación que el deudor va a recibir, por motivo del acuerdo de refinanciación, por lo que el requisito del estado de insolvencia no se manifestará; **Tribunale di Milano, Sez. II, di 15 di ottobre 2009**, en la que se añade además que la prohibición no afectará a la solicitud de declaración de concurso, en tanto en cuanto no es ni una acción cautelar, ni un procedimiento de ejecución; **Cassazione, Sez. Unita di 23 di gennaio 2013, num. 1521**, en este sentido; **Tribunale di Monza de 19 de aprile 2011**, en este sentido.

<sup>322</sup> Vid. GIORGETTI M. (2013), "**Accordi di Ristrutturazione**", cit., pág. 48, "*Infine, il divieto di azione cautelari ed esecutive dovrebbe indurre a ritenere che nel periodo prestabilito non possa essere presentata alcuna istanza di fallimento, tant'è che si è affermato come eventuali interferenze tra ricorso ex art. 182-bis e istanza di fallimento debbano essere interpretate in termini di reciproca indifferenza*"; MAFFEI ALBERTI A. (2013), "**Commentario breve alla Legge Fallimentare**", cit., págs. 1249 y 1250, diciendo que efectivamente debiera extenderse la protección a la declaración de concurso. Así, durante estos 60 días no se podría declarar el concurso del deudor que esta homologando el Acuerdo de Refinanciación; APPIO C. L. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione del debito**", cit., pág. 160, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), "**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**", cit., págs. 58, 81 y 82, explicando que el Acuerdo de Refinanciación y la declaración de concurso no son incompatibles. Sin embargo, la lógica dicta que se procederá a la declaración de concurso una vez haya sido rechazada la demanda de homologación del Acuerdo, o bien no interpuesta. Con ello, el autor nos quiere indicar que actualmente, en tanto no haya finalizado el procedimiento del Acuerdo de homologación (que comienza con la publicación de la demanda en el Registro), no se declarará el concurso.

<sup>323</sup> En el presente apartado no vamos a explicar la irrevocabilidad del acuerdo de refinanciación, puesto que será objeto de estudio en el apartado 3.2.1 del presente trabajo

<sup>324</sup> Vid. ZANICHELLI V. (2010), "**I concordati giudiziali**", cit., pág. 614 "*l'eccessiva brevità del termine che, in difetto di esplicita previsione, non può ritenersi prorogabile dal momento che paralizza eccezionalmente gli ordinari mezzi di tutela dei crediti*"; GALLARDO M. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l'impresa**", cit., pág. 47, en este sentido, diciendo que tras los 60 días de duración de la prohibición, ésta decae automáticamente; GIORGETTI M. (2013), "**Accordi di Ristrutturazione**", cit., pág. 44, en este sentido; CASTIELLO D'ANTONIO A. (2013), "**Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali**", cit., pág. 314, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), "**Commentario breve alla Legge Fallimentare**", cit., pág. 1250, en este sentido; APPIO C.

contar desde la fecha de publicación del acuerdo de refinanciación en el Registro Mercantil<sup>325</sup>. Así, la duración tasada no puede extenderse hasta que finalice el procedimiento de homologación<sup>326</sup>, sino que a los 60 días, decae por sí sola.

La razón que mueve al legislador para crear esta medida es la protección del patrimonio del deudor. Es una medida de protección que asegura que la situación económica del empresario se mantenga cristalizada<sup>327</sup> en tanto negocia el acuerdo de

---

L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 164 en este sentido; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 63, en este sentido. Añade que, al transcurrir el plazo de 60 días desde la fecha de publicación, se podrán ejercitar nuevamente acciones individuales y adquirir títulos de prelación. Sin embargo, si durante este período se ha homologado el Acuerdo de Refinanciación, los acreedores disidentes no podrán iniciar este tipo de acciones hasta que no pase el plazo de 120 días establecido en el artículo 182-bis I letras a) y b) Legge Fallimentare.

<sup>325</sup> Vid. VALENSISE P. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare”**, cit., pág. 274, en la que establece que el “dies a quo” del comienzo de la prohibición será desde la fecha de la publicación de la demanda de homologación o de la demanda de protección de propuesta de acuerdo de refinanciación, en el Registro Mercantil del lugar donde tuviere la empresa su sede central; GALLARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., pág. 45, en este sentido, diciendo que el decreto que declara esta protección tiene efecto retroactivo. La prohibición comenzará desde la publicación del Acuerdo de Refinanciación.

<sup>326</sup> Vid. BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 63, en la que se pronuncia en este sentido. Es más, critica la disposición en tanto no prevé que el proceso de homologación pueda dilatarse más de los 60 días de duración de la medida de protección. Propone expresamente la reforma legal en este sentido, diciendo que *“la protezione dovrebbe rguardar l’intero periodo della durata del procedimento di omologazione, sino alla pronuncia de decreto relativo (ed anche oltre, ove si ritenesse di doverne escludere l’immediata esecutività)”*; CASTIELLO D’ANTONIO A. (2013), **“Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali”**, cit., pág. 314, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 117, en este sentido, sumándose a la crítica doctrinal en este aspecto; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1250, en este sentido.

<sup>327</sup> Vid. INZITARI B. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.: natura, profili funzionali e limiti dell’opposizione degli estranei e dei terzi”**, *Riv. Diritto Fallimentare*, núm. 1, pág. 35, donde dice *“Si tratta, dunque, di una temporanea cristallizzazione del patrimonio al fine di assicurare una assoluta corrispondenza tra la situazione patrimoniale descritta e presa in considerazione nell’accordo e quella reale. Questo è necessario per far sì che il provvedimento di omologa dell’accordo sia assolutamente coerente e corrispondente con i presupposti di fatto”*; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1250, en la que considera que de esta forma se protege el patrimonio del deudor, y así el propio Acuerdo de Refinanciación; GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa”**, cit., pág. 147, en este sentido. Sin esta medida de protección los acreedores podrían atacar el patrimonio del deudor, siendo imposible la ejecución del Acuerdo de Refinanciación. Esto revierte en la inutilidad de la homologación, pues si el deudor se queda sin patrimonio, será imposible hacer efectivos los pactos recogidos en el Acuerdo; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 153, en la que dice que fue introducido en el año 2007, con la finalidad de proteger el patrimonio del deudor frente a actuaciones individuales de los acreedores. Así se asegura que el Acuerdo de Refinanciación que va a ser homologado, pueda ser ejecutado; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 60, en este sentido; CASTIELLO D’ANTONIO A. (2013), **“Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali”**, cit., pág. 317, en este sentido, diciendo que protege el Acuerdo de Refinanciación por medio de la protección del patrimonio del deudor; AMBROSINI S.

refinanciación. Con ello se pretende que pueda hacerse efectiva la ejecución del acuerdo de refinanciación en los términos pactados.

Esta medida comenzará sin que sea necesario pronunciamiento judicial alguno<sup>328</sup> (Respecto al Acuerdo de Refinanciación, no de la propuesta de Acuerdo), ya que el artículo 182 bis Legg. Fall, así lo considera. Sin embargo, su efectividad estará a expensas del decreto judicial motivado. Es decir, comenzará desde la fecha de publicación. En el supuesto en que no se estime la demanda (de homologación o de protección de la propuesta) decaerá la medida, con efecto retroactivo a la fecha de publicación.

El deudor puede presentar la demanda de protección de la propuesta, y posteriormente la de homologación del acuerdo de refinanciación<sup>329</sup>. En el supuesto en que se estimen ambas demandas (una tras a otra) se concederá en primer lugar la protección “automatic stay<sup>330</sup>” (ex art 182-bis VI Legg. Fall). En segundo lugar se concederá la protección ex art. 182-bis III Legg. Fall., una vez publicado el Acuerdo definitivo. De esta forma, la protección del deudor durará 120 días<sup>331</sup>.

Esta protección no hace distinción alguna del tipo de crédito o de la importancia patrimonial del mismo, sino que el legislador habla de acciones contra el patrimonio

---

(2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 57, en este sentido.

<sup>328</sup> Vid. TRENTINI C. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 265, en la que dice que *“dalla data della pubblicazione degli accordi per sessanta giorni è inibito ai creditori, aventi titolo e causa anteriore alla data della pubblicazione, iniziare o proseguire azione esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore. L’effetto si attua automaticamente, quale conseguenza legale della pubblicazione degli accordi, senza necessità di alcun provvedimento giurisdizionale”*; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., págs. 51 y 62, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1249, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 154, en este sentido.

<sup>329</sup> Es el supuesto de hecho en el que el deudor, en la fase de negociación del acuerdo de refinanciación, presenta una demanda de protección ex art- 182 bis VI Legg. Fall., que es estimada judicialmente, por lo que se concede la protección por 60 días. Sin embargo, si en el día de finalización de la protección, presenta demanda de homologación del acuerdo ex art. 182 bis I Legg. Fall., y es estimada, se concederán nuevamente esta medida de protección por 60 días.

<sup>330</sup> El “automatic stay” es la protección del patrimonio del deudor ante la demanda de protección de la propuesta del Acuerdo de Refinanciación. Ésta ya ha sido explicada al inicio de este apartado, y a cuyo contenido, y doctrina citada, nos remitimos.

<sup>331</sup> Vid. VALENSISE P. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare”**, cit., pág. 275, donde se pronuncia sobre la duración total de 120 días, calificando la prima prohibición como “prima moratoria”, y la segunda protección como “seconda moratoria”; TRENTINI C. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit. pág. 381 en el mismo sentido; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 66, en este sentido.

del empresario<sup>332</sup>. Es por ello por lo que afectará a todos los acreedores cuyos créditos sean anteriores a la fecha de publicación del acuerdo de refinanciación<sup>333</sup>.

Durante los 60 días en que se mantiene esta protección, se suspenden los plazos de prescripción de las acciones ejecutivas y cautelares<sup>334</sup>, ya que en caso contrario, se produciría la indefensión de los acreedores.

La medida finaliza automáticamente<sup>335</sup> al término de su duración de 60 días, sin que sea necesario pronunciamiento judicial sobre su fin. De modo que a la finalización de la medida de protección, las acciones ejecutivas y cautelares volverán a su curso<sup>336</sup>, en el trámite procesal en que se encontraban a la fecha de iniciación de la prohibición.

En mención aparte, por no ser una medida de protección, la financiación concedida en el marco de un Acuerdo de Refinanciación, será prededucible en el sentido del artículo 111 Legg. Fall.

---

<sup>332</sup> Vid. D'AMBROSIO C. (2009), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", **Fallimento e altre procedure concorsuali**, diretto da FAUCEGLIA G/PANZANI L., edit. UTET, Milano, pág. 1821 en el mismo sentido; GALARDO M. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l'impresa**", cit., pág. 147, en este sentido.

<sup>333</sup> Vid. GALARDO M. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l'impresa**", cit., pág. 146. "*Sotto il profilo soggettivo, il divieto riguarda i creditori che agiscono in virtù di titolo o di una causa anteriori alla data di pubblicazione dell'accordo e deve considerarsi riferibile sia ai creditori aderenti, rispetto ai quali un impegno analogo sarà sicuramente trsfuso anche nelle clausole contrattuali, che ai creditori estranei allo stesso.*"; TRENTINI C. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit. pág. 269, en la que dispone que esta medida afecta a todos los acreedores cuyo crédito sea anterior a la fecha de publicación de la instancia. El legislador no presta atención alguna a los acreedores con título posterior a la fecha de publicación puesto que su crédito todavía es inmaduro como para ejercitar este tipo de acciones, por lo que la extensión a éstos es inútil; APPIO C. L. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione del debito**", cit., pág. 157

<sup>334</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), "**Commentario breve alla Legge Fallimentare**", cit., pág. 1247, "*Al riguardo della norma in commento, si fa rinvio all'art. 168, 2ª co., secondo cui le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese e le decadenze no si verificano.*"; CASSANDRO T.E. (2011), "**il concordato preventivo. L'esecuzione del concordato preventivo**" **Le altre procedure concorsuali. Reati fallimentari. Problematiche comunitarie e trasversali. Fallimento e fisco**, AAVV a diretto e coordinato da APICE U., Vol. III del **Trattato di diritto delle procedure concorsuali**, editorial Giappichelli, Torino, pág. 236 y 237, en este sentido.

<sup>335</sup> Vid. VALENSISE P. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare**", cit. pág. 270, en la que se pronuncia en este sentido, diciendo que la medida de protección, una vez finaliza, bien por transcurso del tiempo, bien por desestimación de la demanda, o por ejecución plena del acuerdo de refinanciación, no será preciso pronunciamiento judicial expreso sobre la finalización de la misma. Ésta medida cesa automáticamente; GALARDO M. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l'impresa**", cit., pág. 47, en este sentido.

<sup>336</sup> Vid. VALENSISE P. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare**", cit. pág. 271, en este mismo sentido, especificando, además de lo ya expuesto, que los plazos de ejercicio de tales acciones no se reinician, sino que continuarán en el momento en que se suspendieron.

Al igual que en España (con el privilegio de fresh money), se hace prededucible esta nueva financiación. Así el legislador fomenta la constitución de créditos con el deudor en estado de crisis, minorando el riesgo de su cobro<sup>337</sup>.

Supone una alteración de la par conditio creditorum. Según la doctrina<sup>338</sup>, la prededucibilidad de la nueva financiación aportada, sólo tiene cabida junto con la irrevocabilidad de los actos de ejecución del Acuerdo de Refinanciación.

Serán prededucibles los siguientes créditos<sup>339</sup>:

---

<sup>337</sup> Vid. GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa”**, cit., pág. 86, *“Dal punto vista economico dunque per il creditore l’incentivo maggiore per la concessione di nuova finanza è rappresentato dalla possibilità di rafforzare la proprie pretese creditorie, ponendole in posizione privilegiata rispetto agli altri creditori nell’ipotesi di un successivo fallimento, mediante la costituzione di garanzie o attraverso il riconoscimento di prededuzioni”*; BRIOLINI F. (2012), **“Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies C.c e sull’art. 182-quarter L. Fall”**, cit., pág. 4, en este sentido; DEL GIUDICE F. (2012), **“Legge Fallimentare Espiegata: la normativa spiegata Articolo per Articolo”**, cit., pág. 264, en este sentido; VALENSISE P. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., pág. 502, en este sentido. Dice que la introducción en 2010 y posterior reforma de 2012 de este privilegio, ha conseguido fomentar la concusión de Acuerdos de Refinanciación realmente viables; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., págs. 48 y 49, en este sentido; GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., pág. 50, en este sentido, diciendo que supone un fomento para la inyección de liquidez al empresario en estado de crisis. De esta manera se hace mucho más viable e idóneo el Acuerdo de Refinanciación; CASTIELLO D’ANTONIO A. (2013), **“Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali”**, cit., pág. 307, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 136, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1272, en este sentido.

<sup>338</sup> Vid. FALCONE G. (2013), **“Modifica e revisione dei piani attestati e degli accordi di ristrutturazione”**, cit., pág. 159, *“la prededuzione e l’esonero da revocatoria sono due facce della stessa medaglia, fiacché non avrebbe senso ascludere, per ipotesi, la revocatoria di pagamenti effettuati in restituzione di un finanziamento concesso in esecuzione di un piano senza riconoscere la prededuzione a tale finanziamento [...] dell’effetto protettivo dall’azione revocatoria e, allo stesso tempo, della prededuzione accordata ad un finanziamento appare, in linea di principio, tutt’altro che fuori luogo”*; CASTIELLO D’ANTONIO A. (2013), **“Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali”**, cit., pág. 307, diciendo que la prededucibilidad del crédito y la irrevocabilidad de los actos de ejecución del Acuerdo, vienen cogidos de la mano, y se necesitan mutuamente. APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 174, en la que explica que la prededucibilidad sin la irrevocabilidad sería imposible. Esto se debe a que el privilegio de prededucibilidad atenta a la par conditio creditorum. Por ello es objeto de acción revocatoria, bien sea concursal, bien ordinaria. Sin embargo, gracias al escudo protector de la irrevocabilidad de los actos comprendidos en el Acuerdo de Refinanciación, se introduce el privilegio de prededucibilidad. Así, se fomenta la inyección de liquidez al empresario en estado de crisis; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 140, en este sentido, diciendo que la prededucibilidad sólo tiene cabida junto con la irrevocabilidad; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1275, en este sentido.

<sup>339</sup> Vid. INZITARI B. (2011) **“Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis L. Fall.: Natura, profili funzionale e limiti dell’ opposizione degli estranei e dei terzi”**, cit., pág. 827 y 828, en este sentido, haciendo la lista de créditos prededucibles ex art. 182 quarter; DIDONE A. (2013), **“La prededuzione dei crediti tra nuovo art. 111 e nuovo art. 182-quarter L. Fall. Prima e dopo la**

- Los créditos previstos en el artículo 182 quarter Legg. Fall. Son los siguientes:
  - Los créditos concedidos en ejecución de un Acuerdo de Refinanciación homologado<sup>340</sup>. Resulta independiente quien los haya concedido. Serán prededucibles al 100%. Es necesario que los créditos (o como dice el legislador “nueva financiación”) sean previstos para la ejecución del Acuerdo de Refinanciación, y aseguren el pago íntegro de los acreedores. Su carácter prededucible es automático<sup>341</sup>. Estos créditos serán concedidos tras la homologación del Acuerdo de Refinanciación<sup>342</sup>.

---

L.N. 134 del 2012”, cit., pág. 2, en este sentido; DEL GIUDICE F. (2012), “**Legge Fallimentare Espligata: la normativa spiegata Articolo per Articolo**”, cit., págs. 263 a 266, en este sentido; VALENSISE P. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit., pág. 503, en este sentido; APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., págs. 174 a 194, en este sentido.

<sup>340</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., págs. 1275 y 1276, explicando la prededucibilidad de este tipo de créditos. Se refiere a la financiación concedida por cualquier sujeto, con independencia de la forma en que se realice. Será preciso que sea concedida tras la homologación del Acuerdo de Refinanciación, de ahí que se trate de créditos para “ejecución” del Acuerdo de Refinanciación homologado. El título por el que se materialice esta financiación, tiene que ser completo y conforme a la legislación, pues de lo contrario el crédito será inválido; DIDONE A. (2013), “**La prededuazione dei crediti tra nuovo art. 111 e nuovo art. 182-quarter L. Fall. Prima e dopo la L.N. 134 del 2012**”, cit., pág. 2, en este sentido.; TRENTINI C (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 236, en este sentido; GALARDO M. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa**”, cit., pág. 153, en este sentido; BRIOLINI F. (2012), “**Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies C.c e sull’art. 182-quarter L. Fall**”, cit., pág. 3, en este sentido; ROMANO D. (2013), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012**”, cit., págs. 14 y 15, en este sentido; GIORGETTI M. (2013), “**Accordi di Ristrutturazione**”, cit., pág. 51, en este sentido, añadiendo que será financiación efectuada en cualquier forma; APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., págs. 177 a 179, en este sentido; BONFATTI S. (2013), “**Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa**”, cit., pág. 74, en este sentido; FALCONE G. (2013), “**Modifica e revisione dei piani attestati e degli accordi di ristrutturazione**”, cit., págs. 167 y 169, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., pág. 139, en este sentido. Hace mucho hincapié en que tales créditos tienen que ser necesarios para la correcta ejecución del Acuerdo de Refinanciación.

<sup>341</sup> Vid. APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., pág. 177, “*i crediti individuati dal primo comma della disposizione in esame, in quanto sorti in un momento successivo all’omologazione, sono per loro stessa natura prededucibili, quelli di cui al comma successivo, sorgendo in un momento antecedentem lo diventano per volontà del legislatore e sempre che che siano espressamente previsti nel piano del giudice dell’omologazione dell’accordo*”; GIORGETTI M. (2013), “**Accordi di Ristrutturazione**”, cit., pág. 51, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**”, cit., pág. 55, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1275, en este sentido.

<sup>342</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1275, “*Ai sensi del 11 co. sono prededucibili ex art. 111 i finanziamenti in qualsiasi forma effettuati in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti*”

- Los créditos en función de la presentación de la demanda de homologación<sup>343</sup>. El legislador con ello se refiere a los créditos anteriores al Acuerdo de Refinanciación cuya prededucibilidad se solicita en la demanda. Será preciso que tales créditos estén previstos en el Plan de Viabilidad que acompañan al Acuerdo y en el propio Acuerdo de Refinanciación<sup>344</sup>. En este caso no serán prededucibles automáticamente, sino que serán declarados como tal por

---

*omologato, ossia, secondo la dottrina maggioritaria, erogati dopo l'intervenuta omologazione dell'accordo".*

<sup>343</sup> Vid. AMBROSINI S. (2012), **"Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134"**, cit., págs. 141 a 143. Los define como *"quelli che siano serviti a estinguere passività pregresse, in ipotesi per assicurarsi il voto favorevole dei creditori così soddisfatti nel concordato, o la loro adesione all'accordo"*. Hace un elenco de los supuestos de créditos prededucibles en función del Acuerdo de Refinanciación, diciendo que son: 1. Créditos para mantener la solvencia de la empresa y evitar el concurso; 2. Créditos para garantizar la continuidad empresarial; 3. Créditos para el pago de todos los gastos que se deriven de la formalización y conclusión del Acuerdo de Refinanciación; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **"Commentario breve alla Legge Fallimentare"**, cit., pág. 1277 a 1281 en este sentido. En la página 1277 y 1278. A lo largo de estas páginas explica que son créditos en "función" de la demanda de homologación, por haberse concedido con anterioridad a la demanda de homologación del Acuerdo, quedando sometido su carácter prededucible a lo que determine el Tribunal. Así no son automáticamente prededucibles, sino que este carácter será atribuido por el Tribunal. Así menciona ejemplos sobre los créditos que pueden ser prededucibles según este artículo, como son los gastos del procedimiento de homologación; DIDONE A. (2013), **"La prededuzione dei crediti tra nuovo art. 111 e nuovo art. 182-quarter L. Fall. Prima e dopo la L.N. 134 del 2012"**, cit., pág. 2, hablando de la prededucibilidad de los créditos en función de la demanda de homologación; GALARDO M. (2012), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l'impresa"**, cit., pág. 89, en este sentido; GIORGETTI M. (2013), **"Accordi di Ristrutturazione"**, cit., pág. 51, en este sentido; BONFATTI S. (2013), **"Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d'impresa"**, cit., págs. 72 y 73, en este sentido; TRENTINI C. (2012), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti"**, cit., pág. 237, en este sentido; BRIOLINI F. (2012), **"Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies C.c e sull'art. 182-quarter L. Fall"**, cit., pág. 5, en este sentido; VALENSISE P. (2012), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare"**, cit., pág. 504, en el mismo sentido; APPIO C. L. (2012), **"Gli accordi di ristrutturazione del debito"**, cit., págs. 177, 179 y 181, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo"**, cit., pág. 57 a 61, en este sentido; FALCONE G. (2013), **"Modifica e revisione dei piani attestati e degli accordi di ristrutturazione"**, cit., págs. 167 y 169, en este sentido.

<sup>344</sup> Vid. AMBROSINI S. (2012), **"Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134"**, cit., pág. 143, *"Il primo requisito implica –adispetto dell'utilizzo del verbo prevedere, inappropriato per qualcosa che è già avvenuto– che i finanziamenti in questione vadano non solo enucleati nei loro elementi essenziali (com'è a dirsi per quelli concessi in esecuzione di un concordato o di un accordo), ma analiticamente descritti in modo tale che l'esperto prime e il tribunale in seconda battuta siano in condizione di apprezzarne la funzionalità prescritta dalla legge"*; VALENSISE P. (2012), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare"**, cit., pág. 504, explicando que tienen que ser previstos en el Plan de Viabilidad que acompaña al Acuerdo de Refinanciación; GALARDO M. (2012), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l'impresa"**, cit., pág. 89, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **"Gli accordi di ristrutturazione del debito"**, cit., pág. 177, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **"Commentario breve alla Legge Fallimentare"**, cit., pág. 1277, en este sentido.

pronunciamiento del Tribunal que homologa<sup>345</sup>. Estos créditos serán excluidos<sup>346</sup> del porcentaje de adhesión del 60% requerido para la tipicidad del Acuerdo. Tendrán que concederse y formalizarse antes<sup>347</sup> de la presentación de la demanda de homologación del Acuerdo.

---

<sup>345</sup> Vid. APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 177, *“il beneficio della prededucibilità venisse riconosciuto ai crediti di cui al comma 2 dell’art. 182-quarter a condizione che o stesso fosse espressamente contemplato (oltre che al piano o dall’accordo) dal provvedimento di omologazione dell’accordo (o di accoglimento della domanda di concordato preventivo)”*; GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., págs. 51 y 55, en este sentido; FALCONE G. (2013), **“Modifica e revisione dei piani attestati e degli accordi di ristrutturazione”**, cit., pág. 168, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 144, en este sentido. Añade que las consecuencias directas de que tenga que ser expresamente reconocido en el procedimiento de homologación son: 1. Que tiene que ser expresamente pedido en la demanda de homologación; 2. Que tenga que ser acreditado por medio de documentación; 3. Es susceptible de apelación; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., págs. 1279 a 1281, en este sentido. Añade que el Tribunal controlará los presupuestos formales de la prededucibilidad, así como que haya sido correctamente pedido. Igualmente controlará que efectivamente sean beneficiosos para la mejor satisfacción de los acreedores disidentes del Acuerdo. Será preciso que venga recogido expresamente en el pronunciamento judicial. al ser tratados en sede homologatoria, cualquiera puede formular oposición contra el carácter prededucible. Por último, precisa que la homologación del Acuerdo no conlleva necesariamente el carácter prededucible de éstos.

<sup>346</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1277, en la que explica que los créditos concedidos en función de la demanda de homologación no pueden ser considerados a efectos de las mayorías de ratificación del Acuerdo. Precisa que los concedidos en ejecución sí lo serán, pues son concedidos tras la demanda de homologación del Acuerdo, por lo que todavía no se ha planteado su carácter prededucible. Por este motivo, el artículo 182-quarter sólo excluye del voto a los créditos en función de la demanda de homologación; NIEDDU ARRICA F. (2013), **“Finanziamento e sostenibilità dell’indebitamento dell’impresa in crisi”**, *Riv. Giurisprudenza Commerciale*, núm. 4, versión descargada de Delure marzo 2014, pág. 16, *“Il legislatore del 2012 é intervenuto sull’ultimo comma dell’art. 182-quarter precisando che i creditori in forza di finanziamenti-ponte (art. 182-quarter, comma secondo) non hanno diritto di voto in sede di approvazione del concordato e che tali crediti non si computano ai fini del calcolo della maggioranza del 60% di cui all’art. 182-bis”*; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 15, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 53 a 57, en este sentido. Apunta que serán prededucibles, sea cual fuere la forma en que ha sido concedida, y sin limitación subjetiva de ningún tipo. Sin embargo, tienen que ser objetivamente necesarios para la mejor satisfacción de los acreedores disidentes en los plazos establecidos en el artículo 182-bis I letras a) y b); GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., pág. 53, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., págs. 181 a 183 y 193 y 194, en este sentido. Añade que serán excluidos del voto, puesto que la adhesión no será parcial. Sólo perseguirán que su crédito sea prededucible, por lo que no están en condiciones de evaluar el Acuerdo de Refinanciación objetivamente, a la hora de adherirse.

<sup>347</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., págs. 1276, 1278 y 1279, *“Maggiormente complessa rispetto a quella di cui al 1º co., appare la struttura della fattispecie delineata dal 2º co., recante la disciplina del trattamento dei c.d. finanziamenti-ponte, ossia quegli apporti concessi ed erogati prima della presesntazione della domanda di omologazione dell’a.r.d. o di ammissione al c.p.”*. expone que puede ser presentado en cualquier momento, siempre que sea antes de la demanda de homologación. Incluso en la demanda de protección del artículo 182-bis VI Legg. Fall.

- La financiación que concedan los socios del deudor será prededucible al 80% de la totalidad<sup>348</sup>. Se aplicará lo dispuesto en los dos párrafos anteriores respectivamente<sup>349</sup> se trate de créditos en ejecución del Acuerdo de Refinanciación, o en función de la demanda de homologación. El 20% restante que no es prededucible, será

<sup>348</sup> Vid. GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa”**, cit., pág. 90, en este sentido. Añade que esta norma deroga el artículo 2467 Cc, por el cual la financiación que los socios hagan en favor del deudor, un año antes de la declaración de concurso, serán reembolsables. Ello implicaba una postergación de los créditos de los socios, sin embargo al añadir la prededucibilidad del 80% se consigue fomentar la financiación interna, que será la más factible y más fácil de conseguir; BRIOLINI F. (2012), **“Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies C.c e sull’art. 182-quarter L. Fall”**, cit., págs. 3 y 4, en este sentido. Añade que la justificación de esta prededucibilidad de los socios radica en la inserción de la irrevocabilidad. Así, si los actos del Acuerdo de Refinanciación es irrevocable también la financiación que otorga el socio. Por tanto se debe derogar la aplicación del artículo 2467 Cc para este tipo de casos; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 15, en este sentido; GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., págs. 52 a 54, en este sentido; TRENTINI C (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 236, en este sentido; NIEDDU ARRICA F. (2013), **“Finanziamento e sostenibilità dell’indebitamento dell’impresa in crisi”**, cit., pág. 17, en este sentido; DIDONE A. (2013), **“La prededuzione dei crediti tra nuovo art. 111 e nuovo art. 182-quarter L. Fall. Prima e dopo la L.N. 134 del 2012”**, cit., pág. 2, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 184 a 187, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., págs. 61 a 65, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 153, en este sentido; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 77, en este sentido; CASTIELLO D’ANTONIO A. (2013), **“Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali”**, cit., págs. 308 y 309, en este sentido. Añade que la limitación al 80% radica en no conceder una posición extremadamente beneficiosa a los socios. Éstos poseen una información de primera mano sobre el estado patrimonial del deudor. Si además se hace prededucible su crédito al 100%, estarían en una inmensa ventaja no sólo respecto de los acreedores disidentes, sino también del resto de acreedores prededucibles; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., págs. 1282 a 1285, en las que comenta la prededucibilidad de los créditos concedidos por los socios del deudor, en este sentido. Añade que es una manera de minorar la responsabilidad social del desajuste patrimonial del deudor con la finalidad de favorecer la financiación interna del deudor, en el marco de un Acuerdo de Refinanciación. Precisa que la financiación del socio puede venir de la banca (la figura del banco-socio). En este caso será igualmente tratado como un socio, prededucible al 80%, pues el precepto no precisa nada más que el carácter de socio del sujeto financiador.

<sup>349</sup> Vid. APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 184, *“In proposito va, tuttavia, posto in risalto che la disposizione, a seguito delle novità introdotte dal d.l. n. 83/2012, assegna il beneficio della prededuzione anche ai finanziamenti erogati dai soci in funzione della presentazione della domanda di omologazione dell’accordo e non più esclusivamente a quelli concessi in esecuzione del procedimento”*; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 77, en este sentido; GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., págs. 52 y 61, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 153, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1284, en este sentido.

subordinado o postergado<sup>350</sup>, en aplicación de los artículos 2467 y 2497-quinquies Cc italiano<sup>351</sup>. Si estos créditos son concedidos en función de la demanda de homologación, tampoco serán considerados a efectos de adhesiones<sup>352</sup>. En caso en que la condición de socio se adquiere por el propio Acuerdo de Refinanciación, su crédito será prededucible al 100%<sup>353</sup>.

- Los créditos que el deudor solicite para el pago de bienes y servicios necesarios para la continuidad de la empresa (ex artículo 182 quinquies Legg. Fall.)<sup>354</sup>. El deudor tendrá que pedir autorización<sup>355</sup> del Tribunal a

<sup>350</sup> Vid. GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., pág. 53, *“Non è previsto, per+o, un pagamento integrale: il finanziamento dei soci è coperto soltanto nella misura dell’ottanta per cento del relativo ammontare e soltanto se l’operazione è successiva al concordato o all’omologazione dell’ accordo. Quanto al residuo venti per cento, è da ritenere che debba essere trattato come qualunque credito postergato”*; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., págs. 1283 y 1284, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 187, en este sentido; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 77, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 63, en este sentido; CASTIELLO D’ANTONIO A. (2013), **“Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali”**, cit., pág. 309, en este sentido.

<sup>351</sup> Vid. AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 152, en la que efectúa un comentario del sistema de subordinación de los artículos 2467 y 2497-quinquies del Código Civil italiano. Estos preceptos son derogados en aplicación del privilegio de prededucibilidad.

<sup>352</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1288, en este sentido. Precisa que en estos supuestos, la financiación concedida sólo será considerada a efectos de quórum en el 20% de su cuantía, al no ser prededucible.

<sup>353</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1283, *“Nell’ottica di incentivare l’investimento nella crisi da parte di soggetti interessati ad intervenire nel processo di risanamento mediante l’ingresso nella compagine societaria, il legislatore del d.l. n. 83 del 2012 ha operato per il riconoscimento della pred. integrale dei crediti derivanti da fin. erogati dai soggetti che acquistano la qualità di cosio in esecuzione della procedura”*.

<sup>354</sup> Vid. CINCOTTI C/NIEDDU ARRICA F. (2013), **“La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo”**, Riv. Giurisprudenza Commerciale, núm. 6. Versión descargada de Delure en marzo 2014, pág. 9, en la que explica la prededucibilidad de los créditos ex art. 182 quinquies de la Legg. Fall. El deudor podrá solicitar al Tribunal, tras haberse homologado el Acuerdo de Refinanciación, que le autorice para pedir nueva financiación para el pago de bienes y servicios necesarios para la continuidad de la actividad empresarial. Igualmente tendrá carácter prededucible; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., págs. 1290 y 1291, en este sentido.; GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., pág. 57, en este sentido; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 15, en este sentido; NIEDDU ARRICA F. (2013), **“Finanziamento e sostenibilità dell’indebitamento dell’impresa in crisi”**, cit., págs. 10 y 11, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 180, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 65 a 69, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 146 a 151, en este sentido, explicando el régimen de la prededucibilidad ex art. 182-quinquies I Legg. Fall.

<sup>355</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., págs. 1290 y 1291, en las que explica que será necesario que el deudor pida autorización para que estos

estos efectos. Esta financiación será también prededucible. Para ello se requiere el cumplimiento de una serie de requisitos<sup>356</sup> (pronunciamento de un experto independiente<sup>357</sup>, y evaluación por el Tribunal que ha homologado el Acuerdo de Refinanciación<sup>358</sup>). Quedará sometido<sup>359</sup> a lo dispuesto en el artículo 182-quarter de la Legge Fallimentare según se conceda en “ejecución” o en “función” del Acuerdo de Refinanciación.

---

créditos puedan ser prededucibles. En caso en que no sea autorizado, o no se solicite, el crédito será válido, sin embargo no gozará del privilegio de la prededucibilidad. Esta solicitud deberá venir bien en la demanda de protección ex art. 182-bis VI Legg. Fall., o bien en la demanda de homologación del Acuerdo de Refinanciación.

<sup>356</sup> Vid. CINCOTTI C/NIEDDU ARRICA F. (2013), **“La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo”**, cit., pág. 10 en la que expone los requisitos para que esta nueva financiación que solicita el deudor sea prededucible. El primero de ellos radica en un informe del experto independiente el cual se pronunciará sobre la necesidad del pago de tales bienes y servicios por el deudor, sobre la imposibilidad de hacer frente a tales pago salvo con la nueva financiación que se solicita y sobre cómo afecta esta nueva financiación y su carácter prededucible a la continuidad de la empresa, al pago íntegro de los acreedores y a la ejecución del Acuerdo de Refinanciación. El segundo requisito consiste en la evaluación del Tribunal que ha homologado el Acuerdo. El Tribunal tendrá que examinar la corrección de la solicitud y la presencia del informe del experto independiente sobre los extremos mencionados. Una vez corroborado, evaluará la necesidad de tal financiación así como la incidencia de su carácter prededucible en la continuidad empresarial y en el pago íntegro de los acreedores; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 146, en este sentido; NIEDDU ARRICA F. (2013), **“Finanziamento e sostenibilità dell’indebitamento dell’impresa in crisi”**, cit., págs. 10 y 11, en este sentido, realizando un estudio pormenorizado de estos requisitos; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 180, en este sentido; GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., págs. 57 y 59, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1290, en este sentido; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 16 en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 67, en la que estudia el pronunciamento del experto independiente respecto a la prededucibilidad ex artículo 182-quinquies Legge Fallimentare.

<sup>357</sup> Vid. AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 147, en la que explica que el experto tendrá que emitir un informe sobre la incidencia de la nueva financiación en la idoneidad del Acuerdo para asegurar el pago íntegro de los acreedores disidentes. No basta con que no perjudique el pago íntegro, sino que ha de ser beneficioso a tal efecto; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1291, en este sentido, diciendo que el experto tendrá que examinar la necesidad de esta financiación, así como su viabilidad para la satisfacción de los acreedores disidentes.

<sup>358</sup> Vid. AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 148, en la que explica lo que evaluará los siguientes extremos: 1. Que realmente sea necesaria la financiación para el pago íntegro de los acreedores; 2. Que efectivamente sea informado por el experto independiente; 3. Que efectivamente sea necesario para asegurar el pago íntegro de los acreedores disidentes, en los términos del artículo 182-bis I letras a) y b) Legg. Fall; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1291, en este sentido.

<sup>359</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1291, en este sentido.

Es requisito sine qua non<sup>360</sup> para la prededucibilidad que, dicha aportación de financiación sirva para asegurar, en mayor medida, el pago íntegro de los acreedores disidentes.

Algunos autores<sup>361</sup> han criticado este privilegio como insuficiente. Opina que realmente no se da una garantía de pago, tal y como el legislador nos hace ver.

### 1.3 Conclusiones comparadas

Una vez estudiados los Acuerdos de Refinanciación en ambos ordenamientos, podemos concluir que su regulación es casi idéntica.

No cabe duda que, en ambos regímenes<sup>362</sup>, los Acuerdos de Refinanciación serán considerados como un contrato inter-partes, con eficacia entre quienes se adhieren a los mismos. Sin embargo, si cumplen con los requisitos legalmente establecidos en la respectiva legislación, adquieren su tipicidad. Esto desemboca en la producción de efectos a terceras personas<sup>363</sup> (irrescindibilidad, privilegio de fresh money).

---

<sup>360</sup> Vid. CASTIELLO D'ANTONIO A. (2013), "**Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali**", cit., pág. 310, en este sentido. Sólo cabe esta interpretación de la norma, pues en caso contrario estaríamos expuestos a actuaciones oportunistas de los sujetos financiadores, o de los socios, que tratan en todo momento de asegurar el cobro de una deuda.

<sup>361</sup> Vid. CASTIELLO D'ANTONIO A. (2013), "**Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali**", cit., pág. 311, en este sentido concretamente se centra en que la prededucibilidad no asegura la suficiencia del activo para el cobro de la deuda. De hecho, analiza el artículo 111 Legge Fallimentare, y aprecia que de entre los créditos que son prededucibles, los derivados del Acuerdo de Refinanciación son los últimos en pagarse. Así, en caso de insuficiencia del activo, no hay certeza del cobro, sino una cierta improbabilidad.

<sup>362</sup> Vid. BONFATTI S. (2010), "**Los paraguas protectores de los acuerdos extrajudiciales para prevenir y superar la crisis de la empresa en las reformas de las leyes concursales española e italiana**", cit., págs. 399, 400 y 403, en este sentido. Dice expresamente que en ambos regímenes los Acuerdos de Refinanciación son inatacables. Serán considerados en todo momento como contratos inter-partes, con incidencia pública. Este interés público radica, tanto en la influencia sobre toda la economía en general, como por ser inatacables en lo que respecta a los pactos para la ejecución de los Acuerdos de Refinanciación; PULGAR EZQUERRA J. (2013), "**La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003**", cit., pág. 210, en este sentido; GARCÍA-CRUCES J. A. (2013), "**Configuración de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia**", cit., págs. 29 a 31, en este sentido.

<sup>363</sup> Vid. BONFATTI S. (2013), "**Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d'impresa**", cit., págs. 44 y 71, en la que se dice que el Acuerdo de Refinanciación es un contrato inter partes que produce efectos a terceras personas. Para ello requiere el cumplimiento de los requisitos de la tipicidad del mismo. Buena muestra de ello son los escudos protectores de los Acuedos y sus pactos, así como la moratoria legal de 120 días para el pago de los créditos disidentes; MARCHEGIANI L. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**", cit., págs. 150 y 153, en las que dice que el Acuerdo de Refinanciación es un contrato inter partes, que adquiere eficacia pública por medio de su publicación, y del procedimiento de, homologación; APPIO C. L. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione del debito**", cit., pág. 150, en la que dice que los Acuedos de Refinanciación son contratos inter partes que, tras su publicación, producen efectos a terceras personas ajenas al mismo; BONFATTI S. (2010), "**Los paraguas protectores de los acuerdos extrajudiciales para**

Como hemos visto, **en España** la tipicidad del Acuerdo exige la adhesión de una alta proporción de acreedores, el certificado de un auditor de cuentas y la elevación del Acuerdo a instrumento público. El procedimiento de homologación queda como algo voluntario al que acudirán sólo aquellos deudores que pretendan paralizar todas las ejecuciones patrimoniales y hacer extensibles las esperas pactadas (y otros efectos según la ratificación alcanzada) al resto de acreedores financieros que no lo hayan ratificado<sup>364</sup>.

No cabe duda de que la mayor medida de protección consiste en la irrevocabilidad de los negocios conexos al Acuerdo de Refinanciación (tanto en

---

**prevenir y superar la crisis de la empresa en las reformas de las leyes concursales española e italiana**", cit., págs. 399, 400 y 403, en este sentido; DASSO A. A. (2013), "**Ristrutturazione extragiudiziale**", cit., pág. 246, en este sentido; CASTIELLO D'ANTONIO A. (2013), "**Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali**", cit., pág. 316, en este sentido, diciendo que los Acuerdos de Refinanciación tiene eficacia frente a terceras personas; AMBROSINI S. (2012), "**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**", cit., pág. 113, en la que dice que la tipicidad del Acuerdo de Refinanciación puede atacar el derecho de defensa de los acreedores; MAFFEI ALBERTI A. (2013), "**Commentario breve alla Legge Fallimentare**", cit., págs. 1230 y 1233, en este sentido, considerando que el Acuerdo de Refinanciación tiene eficacia frente a terceras personas que no forman parte de él; GARCÍA-CRUCES J. A. (2013), "**Configuración de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia**", cit., pág. 31, en este sentido, diciendo que el Acuerdo de Refinanciación es un Acuerdo extrajudicial, afecta a terceras personas, sin necesidad de que sea homologado. Lo plantea como uno de los principales problemas del carácter negocial del Acuerdo de Refinanciación; CURTO POLO M. M. (2013), "**La posición de los acreedores en el acuerdo de refinanciación extraconcursal**", cit., pág. 96, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2013), "**La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003**", cit., pág. 210, en este sentido, diciendo que son contratos cuyos efectos afectan a terceras personas; MORALEJO I. (2013), "**Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrevocabilidad del Acuerdo y otros efectos**", cit., págs. 260 y 270. En la página 260, el autor reconoce expresamente que la irrevocabilidad implica que el Acuerdo provoca efectos a terceras personas. En la página 270 confirma dicha postura, aunque de manera más genérica; PAVÓN NEIRA C. (2013), "**Institutos preconcursales y refinanciación de deudas**", cit., pág. 64, en la que dice que el Acuerdo de Refinanciación no sólo afecta a quienes lo ratifican, sino a todos los acreedores, así como a determinados terceros.

<sup>364</sup> La jurisprudencia se muestra de acuerdo al pensar que la homologación del Acuerdo de Refinanciación sólo afectará a los acreedores financieros del deudor. Así, comulgan diciendo que sólo se procederá a la homologación del Acuerdo cuando las circunstancias del deudor lo precisen. Sólo en los casos en que exista un alto porcentaje de entidades financieras disidentes al Acuerdo, pues de lo contrario, los efectos de la homologación no resultan tan beneficiosos. En este sentido, véase la siguiente jurisprudencia: **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 17 de diciembre 2012, número de autos 720/2012**, en el que el Juez sólo centrará su juicio en los acreedores financieros del deudor, ya que es un proceso de cognición limitada, no entrando a valorar los efectos sobre los acreedores normales; **Aut del Juzgado de lo Mercantil, núm. 3 de Gijón de 10 de julio 2012, núm. 186**, donde se dice que la homologación del Acuerdo de Refinanciación sólo afectará a los acreedores financieros; **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. I de 14 de mayo 2012, núm. 127**, en el que se considera que el Acuerdo de Refinanciación sólo será homologado cuando las circunstancias del deudor así lo exijan. Se debe a que la principal medida de protección radica en la propia irrevocabilidad. Por ello la inmensa mayoría del Acuerdos de Refinanciación no serán homologados.

España como en Italia)<sup>365</sup>. Son inatacables. Dicho de otro modo, su validez es oponible<sup>366</sup> frente al resto de acreedores y demás interesados aunque fueren disidentes del mismo.

Esta protección u oponibilidad será otorgada a los Acuerdos de Refinanciación que cumplan una serie de requisitos, no siendo precisa la homologación judicial.

Sin embargo, no hay ningún control sobre el contenido y la viabilidad del Acuerdo de Refinanciación. Por consiguiente se está otorgando oponibilidad a un conjunto de negocios jurídicos, sin control judicial ni tampoco prejudicial.

Esto implica una puerta abierta a todo tipo de actuaciones de carácter fraudulento por parte del deudor y de los acreedores que lo ratifican. Se impondrá la validez de estos negocios jurídicos a los acreedores disidentes del Acuerdo de Refinanciación, sin que hayan sido verificados los requisitos del mismo, y sin que se

---

<sup>365</sup> Vid. ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 4, *“Al fine di dare una risposta a tale questo, si è partiti dalla considerazione che l'effetto più importante derivante dall'omologazione dell'accordo è costituito dall'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare per gli atti compiuti in esecuzione dell'accordo stesso”*; GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l'impresa”**, cit., pág. 125, en el mismo sentido diciendo que lo que diferencia el Acuerdo de Refinanciación de un mero contrato, es el procedimiento de homologación al que es sometido; TRENTINI C. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 319, en este sentido; VALENSISE P. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare”**, cit., pág. 489; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 168, en este sentido; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d'impresa”**, cit., pág. 70, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della Ley Concursal Spagnola 22/2003”**, cit., pág. 216, en este sentido; DASSO A. A. (2013), **“Ristrutturazione extrajudiziale”**, cit., pág. 241, en este sentido; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del Acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 260, en este sentido; LEÓN F.J. (2014), **“La ineficacia de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 86, *“El efecto más importante consiste en que estos acuerdos no pueden ser objeto de rescisión concursal”*.

<sup>366</sup> Vid. GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l'impresa”**, cit., págs. 125 y 141. En la página 125 dice que *“Dal giorno della pubblicazione nel registro delle imprese, l'accordo acquista efficacia ai fini dell'opponibilità ai terzi, nonchè sotto il profilo della protezione del patrimonio del debitore, in virtù del divieto per i creditori di iniziare o di proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio dell'obbligato, per i sessanta giorni successivi alla pubblicazione.”*. Lo primero que resalta el autor es que los Acuerdos de Refinanciación son oponibles erga omnes. Ello se debe a su inatacabilidad, pues es impuesta a todos los acreedores, aunque fuere disidentes. Posteriormente, en la página 141 se reafirma en este punto diciendo que el Acuerdo de Refinanciación no es más que un mero contrato que goza de oponibilidad erga omnes dada su inatacabilidad. Precisa que esta inatacabilidad debe venir de un procedimiento de homologación que, bajo el rito cameral, asegura la tutela de los derechos de los acreedores. Así no concibe la inatacabilidad de los negocios jurídicos sin un control judicial de los mismos; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del Acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 260, en la que el autor considera que la irrescindibilidad de los pactos del Acuerdo afecta a terceras personas, lo que se traduce en la imposición de la validez de los negocios. Es decir, en su oponibilidad frente a terceros.

les haya concedido la posibilidad de oponerse a esta imposición. Así, queda afecta la tutela de los derechos e intereses de los acreedores<sup>367</sup>.

**En Italia** se prevé igualmente el privilegio de la irrevocabilidad de los negocios previstos en el Acuerdo de Refinanciación típico, además del privilegio de fresh money.

Se exige igualmente la adhesión de un porcentaje elevado (60 %) del pasivo del deudor y la evaluación del Acuerdo de Refinanciación por un experto independiente.

La tipicidad del Acuerdo de Refinanciación, así como la irrevocabilidad y el resto de privilegios, está sometida a un procedimiento de homologación.

Ello implica tanto la posibilidad de que los acreedores puedan oponerse a la tipicidad del Acuerdo, además de un control judicial previo a la concesión de estas medidas de protección, o como se denominan en Italia “ombrelli protettivi”.

Por consiguiente parece razonable que el sistema de homologación italiano sea más acorde con los derechos de defensa de los acreedores, ante la inatacabilidad de los acuerdos.

Así, en el siguiente capítulo examinaremos la extensión de la irrevocabilidad de los pactos del Acuerdo de Refinanciación. Con ello comprobaremos que realmente es necesario el procedimiento de homologación del Acuerdo de Refinanciación como un requisito de tipicidad.

---

<sup>367</sup> Vid. ARA TRIADÚ C. (2013), **“El contenido del acuerdo (I). Los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 124, en este sentido, afirmando que efectivamente el actual régimen de los Acuerdos de Refinanciación olvida la tutela de los derechos e intereses de los acreedores que no han ratificado el Acuerdo, para centrarse en la continuidad empresarial; ÁVILA DE LA TORRE A. (2013), **“El deber de instar el concurso y los acuerdos de refinanciación o reestructuración empresarial”**, cit., pág. 59, en este sentido.

# Capítulo 2. La irrevocabilidad de los actos de ejecución del Acuerdo de Refinanciación.

## 2.1 La irrevocabilidad en Derecho español.

El artículo 71 bis.1 LC<sup>368</sup> dispone que los pactos que conforman los acuerdos de refinanciación no podrán ser rescindidos. La doctrina<sup>369</sup> considera que los acuerdos

---

<sup>368</sup> Vid. VALPUESTA GASTAMINZA (2011), “**Los acuerdos de refinanciación en el proyecto de reforma de La Ley Concursal**”, cit., pág. 157, donde dice expresamente que “*No todo acuerdo de refinanciación queda inmune a las acciones de rescisión concursal. Se exige el cumplimiento de cuatro requisitos referentes al contenido, a la aceptación de los acreedores, a la existencia de un informe favorable de experto independiente, y a la constancia del acuerdo en escritura pública.*”; VIÑUELAS SANZ M. (2013), “**Inmunidad a la rescisión y predeucción de la nueva financiación en la Ley 38/2011 (Intereses en juego y opciones de política legislativa)**”, cit., pág. 184, en la que, tras hablar de la irrevocabilidad del acuerdo de refinanciación, justifica este escudo protector en base a que el contenido del acuerdo de refinanciación no implica situaciones abusivas, ya que será valorado por un experto independiente. Igualmente dice que no podrán ser rescindibles ya que el perjuicio causado y los beneficios del acuerdo son, como mínimo proporcionales, ya que de lo contrario no podrá ser típico. Por último, justifica que se trata de condiciones que procuran la continuidad de la empresa, debiendo valorarse en las circunstancias de preinsolvencia en que se redacta; HERNÁNDEZ SAINZ E. (2013), “**La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 352, en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), “**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**”, cit., pág. 100, en este sentido, aunque de forma genérica.

<sup>369</sup> Vid. SANCHO GARGALLO “**La refinanciación desde la perspectiva de las acciones rescisorias**”, [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292347816992?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia\\_de\\_Ignacio\\_Sancho\\_Gargallo.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292347816992?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_Ignacio_Sancho_Gargallo.PDF), pág. 2, “*La regulación contenida en el art. 71.6 LC lo que pretende es facilitar algunos acuerdos de refinanciación que, por su interés, merece la pena “blindar” frente al régimen de la rescisión concursal del art. 71 LC.*”; PULGAR EZQUERRA (2011), “**Acuerdos de refinanciación y fresh money**”, cit., pág. 52, en la que establece el motivo de la irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación, basándolo en que concurren las referidas garantías condicionales de la operatividad de la protección, ha permitido en la práctica desde su introducción el otorgamiento de garantías suficientes principalmente reales sobre activos con valor, pudiendo con ello las entidades financieras dotar menos recursos propios, “*aligerando las provisiones exigidas por las circulares del Banco de España*”; RECALDE A. (2014), “**Los acuerdos de refinanciación mediante la conversión de deudas en capital**”, cit., pág. 149, en este sentido; LEÓN F.J. (2014), “**La ineficacia de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 87, en este sentido; VIÑUELAS SANZ M. (2013), “**Inmunidad a la rescisión y predeucción de la nueva financiación en la Ley 38/2011 (Intereses en juego y opciones de política legislativa)**”, cit., pág. 186, en la que añade que se trata de una excepción al régimen general de rescindibilidad, en base a un giro de la política legislativa que procure un fomento a los acuerdos de refinanciación como solución preconcursal por excelencia;

de refinanciación están protegidos por medio de un “blindaje” frente al régimen general de la rescisión. Se dota de cierta seguridad y estabilidad a estos acuerdos, y a los acreedores que los suscriben.

Sin embargo, en el artículo 72.2 LC, se dice expresamente que la Administración Concursal será la única legitimada<sup>370</sup> para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación contra los acuerdos de refinanciación que cumplan con lo dispuesto en el artículo 71 bis.1 LC.

En principio, para que un acuerdo de refinanciación pueda ser rescindido, según lo dispuesto en el artículo 71 bis.1 LC, es necesario que **sea declarado previamente el concurso**, pues en caso contrario no estaríamos hablando de una acción rescisoria concursal, sino de una acción impugnatoria civil.

Esto se debe a que el ejercicio de la acción rescisoria concursal está reservado exclusivamente a la Administración Concursal. Sin embargo, en el caso en que no se haya declarado el concurso, no se procederá al nombramiento de la misma. Por tanto, no quedará más remedio que acudir a la acción impugnatoria del Código Civil.

Para poder estudiar el ejercicio de las acciones rescisoria e impugnatorias, hemos de distinguir entre los distintos **tipos de acuerdos de refinanciación**<sup>371</sup>. Así:

---

PULGAR EZQUERRA J. (2012), “**Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación**”, cit., pág. 414, en este sentido; HERNÁNDEZ SAINZ E. (2013), “**La capitalización de deuda como instrumento preconcural preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 352, en este sentido; VALENCIA F. (2014), “**La tipología de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 121, en este sentido; BONFATTI S. (2010), “**Los paraguas protectores de los acuerdos extrajudiciales para prevenir y superar la crisis de la empresa en las reformas de las leyes concursales española e italiana**”, cit., págs. 399 y 403, en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), “**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**”, cit., pág. 100, en este sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), “**Institutos preconcursoales y refinanciación de deudas**”, cit., pág. 17, en este sentido.

<sup>370</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA (2011), “**Acuerdos de refinanciación y fresh money**”, cit., pág. 52, donde, tratando la irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación, de forma genérica, expone que, “*Finalmente, la restricción de la legitimación activa a la administración concursal respecto de acciones rescisorias frente a acuerdos de refinanciación no rescindibles, se extiende en el texto proyectado también a otro tipo de acciones (pauliana...)*”; LEÓN F.J. (2014), “**La ineficacia de los acuerdos de refinanciación**”, cit., págs. 88 y 89, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012), “**Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación**”, cit., pág. 416, en este sentido; MORALEJO I. (2013), “**Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrevocabilidad del Acuerdo y otros efectos**”, cit., pág. 275, en este sentido; RECALDE A. (2014), “**Los acuerdos de refinanciación mediante la conversión de deudas en capital**”, cit., pág. 149, en este sentido; VALENCIA F. (2014), “**La tipología de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 121, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. IX de 18 de julio 2013, núm. 209**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sec. I de 23 de enero 2012, núm. 14**, en este sentido.

<sup>371</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA (2012), “**Fresh money y financiación en empresas en crisis en la Ley 38/2011**”, cit., págs. 70 y 71, en las que, explicando cada uno de los privilegios y escudos protectores de los acuerdos de refinanciación, pasa a especificar los escudos protectores de cada uno de los tipos de acuerdos de refinanciación, distinguiendo entre los acuerdos de

- En primer lugar, los acuerdos de refinanciación típicos (los que cumplen los requisitos del artículo 71 bis.1 LC) son en todo caso irrevocables<sup>372</sup>. En cambio, sí serían impugnables<sup>373</sup>. Esta impugnación se llevaría a cabo mediante las acciones contenidas en el Código Civil. Para ello, deberán cumplirse los requisitos establecidos para el ejercicio de cada una de estas acciones, siendo la Administración Concursal la única legitimada para su ejercicio, a tenor de lo establecido en el artículo 72.2 LC.
- En segundo lugar, los acuerdos de refinanciación atípicos, al no cumplir los requisitos del art. 71 bis.1 LC, sí serán en todo caso rescindibles, además de impugnables. Ello se debe a que no cumplen con los requisitos legalmente establecidos, por lo que no podrán gozar del privilegio de la irrevocabilidad<sup>374</sup>.

---

refinanciación típicos particulares (los que cumplen con lo dispuesto en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 38/2011), y los acuerdos de refinanciación típicos generales (los que únicamente cumplen con los requisitos reconocidos en el artículo 71.6 LC).; CERVERA MARTÍNEZ M. (2012), **“El procedimiento de solicitud de homologación judicial de acuerdo preconcursal de refinanciación”**, cit., pág. 195, se pronuncia en el mismo sentido diciendo: *“con la referida reforma de la Ley Concursal se pretende, como se indica en su preámbulo, ofrecer a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis a través de acuerdos de refinanciación, configurando dos tipologías: los acuerdos de refinanciación generales, que son los previstos en el art. 71.6 LC y los acuerdos de refinanciación específicos o particulares que afectan únicamente a los acreedores financieros y cuya homologación judicial permite extender alguno de sus efectos a acreedores financieros que no asistieron a la negociación por no haber sido llamados a ella o que, habiendo asistido y negociado, hubieran votado en contra, siempre que no excedan del 25% y que no tengan créditos dotados de garantía real”*; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrevocabilidad del acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 261, en este sentido.

<sup>372</sup> Vid. **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. IX de 18 de julio 2013, núm. 209**, en la que se afirma sobre el carácter irrevocable de los negocios necesarios para la ejecución del Acuerdo de Refinanciación; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sec. I de 23 de enero 2012, núm. 14**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 8 de julio 2012, núm. 156**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 10 de julio 2012, núm. 188**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 5 de noviembre 2012, núm. 255**, en este sentido.

<sup>373</sup> Vid. SANCHO GARGALLO I. **“La refinanciación desde la perspectiva de las acciones rescisorias”**, cit., pág. 12, habla sobre la rescisión de los acuerdos de refinanciación diciendo que sería mucho más procedente su impugnación, diciendo *“Esto es, nada impide que puedan ejercitarse acciones de nulidad, como la fundada en la ilicitud de la causa (art. 1277 CC), o la pauliana (art. 1111 y 1291.3 LC), si se cumplen sus respectivos presupuestos legales.”*; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrevocabilidad del acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 261, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 414, en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., págs. 58, 89 y 106 a 109, en este sentido, explicando la posibilidad de impugnación de los actos que conforman el Acuerdo de Refinanciación.

<sup>374</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 417, en la que explica que el Acuerdo de Refinanciación atípico, podrá ser rescindido por la Administración Concursal, pudiendo interponerse la acción rescisoria por cualquiera de los acreedores en base a su legitimación subsidiaria; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Simposio Internacional: Redes empresariales y crisis económica”**, cit., en el mismo sentido; PAVÓN NEIRA C.

- En tercer lugar, los acuerdos de refinanciación típicos que devienen en atípicos. Nos referimos a aquellos que en el momento de su celebración tenían la apariencia de cumplir todos los requisitos establecidos en el artículo 71 bis.1 LC, pero se consigue acreditar que no cumplen tales requisitos desde su origen. Este tipo de acuerdos serán considerados como acuerdos atípicos y, por lo tanto, podrán ser rescindibles, además de impugnables. Ahora bien, la única legitimada para el ejercicio de tales acciones es la Administración Concursal, pues será ella la que deba ejercitar la acción para demostrar que un determinado acuerdo de refinanciación no cumple los requisitos del art. 71 bis.1 LC. Es el caso de los acuerdos de refinanciación simulados o fraudulentos, en los que la doctrina<sup>375</sup> dispone que serán rescindibles por tratarse de acuerdos de

---

(2013), “**Institutos preconcursales y refinanciación de deudas**”, cit., pág. 19, en la que dice que los Acuerdos de Refinanciación atípicos no serán objeto de irrevocabilidad. Sin embargo, si no resultan perjudiciales para la masa, la acción rescisoria no triunfará; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sec. V de 25 de febrero 2013, núm. 122**, en la que se trata el caso de la rescisión de un Acuerdo de Refinanciación atípico. En el supuesto en cuestión, se había celebrado un Acuerdo de Refinanciación, sin embargo no había sido informado favorablemente por un experto independiente. Por ello el Acuerdo no podía ser típico, pudiendo ser objeto de acción rescisoria, como era el caso. En este supuesto, la Sentencia dice que ello no implica la inevitable rescisión del mismo, sino que será rescindido en el caso en que se cumplan con los presupuestos de la acción, establecidos en el artículo 71.6 de la Ley Concursal; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. IX de 18 de julio 2013, núm. 209**, en este sentido.

<sup>375</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO (2010), “**Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 58, establece un supuesto de rescisión de los acuerdos de refinanciación, diciendo que “*el negocio jurídico de composición, y las garantías constituidas o novadas a su través, resultan a posteriori jurídicamente vulnerables, toda vez que dichos acuerdos pueden ser objeto de impugnación o rescisión si, eventualmente se entienden celebrados en fraude de o perjuicio de otros acreedores.*”; igualmente en la página 74, dispone que “*no obstante aunque no quepa descartar un error manifiesto de juicio del experto, quizás provocado por una conducta gravemente culpable o dolosa de los acreedores, es muy difícil que pueda prosperar la rescisoria concursal por la enorme dificultad de la prueba del perjuicio a la masa pasiva [...].*la existencia de una presunción legal de inexistencia de perjuicio patrimonial en el caso del acuerdo de refinanciación que cuenta con el juicio favorable del experto. Habrá que alegar y probar el error manifiesto y grave de apreciación de éste”; RECALDE A. (2014), “**Los acuerdos de refinanciación mediante la conversión de deudas en capital**”, cit., pág. 150, en este sentido, diciendo que si el Administrador Concursal acredita el incumplimiento de alguno de los requisitos, el Acuerdo será considerado atípico y, por tanto, rescindible si se dan los requisitos ex artículo 71 LC; MORALEJO I. (2013), “**Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrevocabilidad del Acuerdo y otros efectos**”, cit., pág. 277, en este sentido, cuando dice que el Administrador Concursal podrá poner en conocimiento del Juzgado, que el Acuerdo de Refinanciación no cumple con los requisitos de tipicidad; LEÓN F.J. (2014), “**La ineficacia de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 88, en la que dice que los acuerdos de refinanciación típicos, en los que el Administrador Concursal acredite el incumplimiento de alguno de los requisitos, serán atípicos, y por ello rescindibles; PULGAR EZQUERRA J. (2012), “**Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación**”, cit., pág. 417, en este sentido, diciendo que sólo estará legitimada la Administración Concursal, en base a, esa ficción de tipicidad; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. IX de 18 de julio 2013, núm. 209**, en la que se dice que el Acuerdo de Refinanciación aparentemente típico puede ser rescindido si se acredita el incumplimiento de alguno de los requisitos de su tipicidad. En el caso en cuestión era atípico por no reunir el informe del experto independiente. Sin embargo considera que aún habiéndolo reunido, no sería

refinanciación atípicos. De la misma manera ocurriría con los acuerdos de refinanciación que no respondan efectivamente a una viabilidad práctica<sup>376</sup>, pudiendo ser en el mismo sentido rescindibles.

Así, una vez esclarecido el régimen de rescisión de los acuerdos de refinanciación, hemos de explicar cada una de las acciones que caben contra los mismos.

### 2.1.1 La acción rescisoria

La **acción rescisoria** es una acción reconocida en el artículo 71 LC. Definida por la doctrina<sup>377</sup>, como un tipo de acción de reintegración<sup>378</sup>, cuya finalidad es evitar la

---

típico pues quien lo constituye en calidad de deudor no lo es realmente. Por el contrario era un mero garante de la operación de refinanciación, pero no constaba la firma del deudor.

<sup>376</sup> Vid. SÁNCHEZ-CALERO (2010), "**Refinanciación y reintegración concursal**", Anuario de Derecho Concursal, núm. 20.pg. 34, en la que, tratando la impugnación de los acuerdos de refinanciación, razona su viabilidad, y el motivo por el que ésta tiene visos de prosperidad, considerando que *"El único resquicio que pudiera permitir el ejercicio de esa acción parte del plan de viabilidad en su día emitido, que por su propia naturaleza puede ser discutido allí donde, llegado el concurso, los administradores concursales no compartan el juicio del experto que redactó el plan. Ya se sabe que en materia económica o empresarial es frecuente el debate que contrapone los pronósticos realizados en el pasado y la concreta realidad presente, sobre todo cuando ésta enmienda de forma severa a los primeros. Como ya indicamos al tratar el informe del experto, aunque se señale que éste es un juicio técnico, resulta obvio que parte de la utilización de unas premisas y presupuestos opinables, esencialmente variables a partir de factores inciertos y cuya formulación homogénea es impensable."*

<sup>377</sup> Vid. AMORÓS GUARDIOLA (2007), "**Las acciones rescisorias en relación con el registro de la propiedad. La acción rescisoria concursal**", Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, núm. 37, págs. 655 y 656, quien expone una definición de la acción rescisoria como acción no revocatoria de los negocios jurídicos, es decir, que no se basa en la invalidez del negocio jurídico, sino que consiste en poner de manifiesto su ineficacia. De hecho parte del elemento básico del negocio jurídico válidamente celebrado, que dado su contenido, produce un perjuicio patrimonial que afecta a terceros, quienes ejercitan esta acción para que sea declarado ineficaz; SANCHO GARGALLO "**La refinanciación desde la perspectiva de las acciones rescisorias**", cit., pág. 2 y 3, en las que habla genéricamente de la acción rescisoria como una acción que procura salvaguardar los intereses de los acreedores, así como la par conditio creditorum, por medio de la restitución del patrimonio del deudor concursal.; PARRA LUCÁN (2010), "**La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos**", Anuario de Derecho concursal, núm. 19, pág. 45 a 73, trata cada una de las acciones de impugnación que pueden ejercerse en un proceso concursal, compatibles con la acción rescisoria. En cada una de estas acciones establece una comparación con la acción rescisoria concursal, partiendo de sus características básicas, de entre las que destaca: la no necesidad de consilium fraudis, el plazo de dos años para su ejercicio, el efecto colectivo para la masa pasiva, y la necesidad de acreditar el perjuicio patrimonial con medios de prueba o a través de presunciones; DIAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), "**Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general**", Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 16, pág. 216, en el mismo sentido.

<sup>378</sup> Vid. ESCRIBANO GÁMIR R. (2007), "**El perjuicio en la acción rescisoria concursal**", Anuario de Derecho Concursal, núm. 7, pág. 13, *"hallamos una acción propia del concurso, en el sentido, según lo más arriba señalado, que nace con su declaración y sólo puede ejercitarse en el seno de su procedimientos; de carácter rescisorio, por lo que ataca la eficacia del negocio, no su causa"*.

eficacia de cualquier tipo de actividad de un deudor tendente a procurar la disminución de las garantías de los acreedores sobre los bienes del deudor.

Son aquellas que permiten declarar la ineficacia de un negocio jurídico efectuado por el concursado en los dos años anteriores a la declaración del concurso. Este lapso temporal se denomina como “período sospechoso”. La rescisión de los negocios jurídicos válidos tiene lugar en atención al perjuicio que sufren los acreedores.

Esta acción rescisoria quedaría reservada, como acabamos de señalar, para los acuerdos de refinanciación atípicos, y aquellos acuerdos de refinanciación que devienen en atípicos.

En lo que refiere a la **naturaleza jurídica** de la acción rescisoria es especial<sup>379</sup>, ya que, es una acción de ineficacia relativa, con efectos restitutorios, y que, además posee rasgos propios.

---

Continúa en la página 20 considera que la acción rescisoria protege los intereses colectivos y la par conditio creditorum; AMORÓS GUARDIOLA (2007) **“Las acciones rescisorias en relación con el registro de la propiedad. La acción rescisoria concursal”**, cit., pág. 660, quien explica el carácter restitutorio de la acción rescisoria, pues el efecto inmediato de la misma, es la reintegración del bien que había salido indebidamente del patrimonio del deudor, al patrimonio del mismo; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 17, en este sentido.

<sup>379</sup> Vid. DIAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), **“Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general”**, cit., pág. 217 y 218, en la que expone que se trata de una acción cuya naturaleza es especial. Se basa en ello en lo siguiente: **1.** En primer lugar se trata de una acción de ineficacia relativa, ya que, impide que los negocios puedan producir los efectos predestinados para ellos, sin embargo no impide que de esta declaración de ineficacia surjan otras relaciones jurídicas; **2.** Tienen un efecto restitutorio, ya que al rescindir la disposición patrimonial, el bien retorna al patrimonio del deudor, con la finalidad de evitar esta minoración de la masa activa, que revierte en un perjuicio al resto de los acreedores; **3.** Su carácter especial radica en los requisitos propios que la caracterizan, tales como la legitimación principal del Administrador Concursal y subsidiaria de los acreedores; los efectos de su ejercicio no afectan sólo a los acreedores que la ejercitan (como en la acción pauliana) sino que afectan a la totalidad de los acreedores; prescinden del elemento subjetivo “consilium fraudis”, pues en atención a los intereses colectivo en juego, no propura analizar la voluntad de perjudicar del deudor, sino en el propio perjuicio patrimonial; pérdida del carácter subsidiario de la acción, a diferencia del resto de acciones restitutorias que sólo se podrán ejercitar cuando fuere la última ratio para hacer valer sus derecho de crédito; ESCRIBANO GÁMIR R. (2007), **“El perjuicio en la acción rescisoria concursal”**, cit., pág. 20, en el mismo sentido, considerándola como una acción de carácter especial, ya que cumple con los presupuestos de las acciones rescisorias, aunque con las modificaciones que el concurso de acreedores impone. Así, dice que se asemeja a la rescisión por lesión, en la que se prescinde del elemento objetivo, sin embargo es de carácter especial. Se debe a que no atiende a los intereses del acreedor que la ejercita, sino a todos los acreedores en general; FERNÁNDEZ CAMPOS J.A. (2007), **“Reintegración del patrimonio del concursado”**, cit., págs. 21 y 22, en el mismo sentido especificando que *“la acción del art. 71 no es simplemente de reintegración, porque hay otras de reintegración: es una acción rescisoria (por fraude o perjuicio de acreedores), y además, una rescisoria concursal, señalando su adscripción (naturaleza de rescisión: fundamento, el perjuicio) y precisando con el adjetivo concursal sus especialidades de régimen ( sin que dichas especialidades comporten llegar a otorgar otra naturaleza a la acción”*.

Se trata de una acción de “ineficacia”, en el sentido de que el negocio jurídico válidamente celebrado no es capaz de producir los efectos que le son propios, pues resultan perjudiciales para la masa concursal.

Decimos que es “relativa” debido a que, aun siendo declarados ineficaces, no lo son completamente. Surgen determinados efectos de la declaración de ineficacia (obligación de restitución, derecho de crédito del tercero adquirente, etc.)

Para el ejercicio de la acción rescisoria es necesario el cumplimiento de los siguientes **requisitos**<sup>380</sup>:

- Que se trate de un acuerdo de refinanciación, constituido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso<sup>381</sup>. Esto implica tener en

---

<sup>380</sup> Vid. BERROCAL LANZAROT (2010), **“La acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación”, Cuadernos de Derecho y Comercio**, núm. 54, pág. 201 a 209, quien simplifica los requisitos de la acción rescisoria a dos requisitos: que el negocio jurídico haya sido celebrado válidamente dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso (período sospechoso), y que provoque un perjuicio patrimonial a la masa activa. A lo largo de estas páginas, la autora explica cada uno de los requisitos, añadiendo que, ha de tratarse de un negocio jurídico válidamente celebrado, y que no es necesario el consilium fraudis, aunque su acreditación tendrá una serie de consecuencias para la declaración de ineficacia del acuerdo de refinanciación.; SANCHO GARGALLO I., **“La refinanciación desde la perspectiva de las acciones rescisorias”**, cit., págs. 9 y siguientes, comenta cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 71.6 de la Ley Concursal; LEÓN F. (2004), **“Acciones de reintegración”, Comentario a la Ley Concursal**, AAVV dirigida por ROJO A./BELTRAN E., Tomo I, Edit. Thomsom Civitas, Primera Edición, pág. 1306, en este sentido, diciendo que el negocio objeto de rescisión tendrá que haberse celebrado dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. Añade al final de la página el siguiente apunte: *“La impugnación de los actos realizados por el deudor antes del período de dos años se ha de hacer conforme al régimen general del Código Civil (arts. 1111 a 1290)”*; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., págs. 19 a 22, en este sentido.

<sup>381</sup> Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO (2011), **“Reintegración concursal: devolución de las prestaciones y mala fe (comentario de la STS de 27 de octubre de 2010”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal**, núm. 14, pág. 253, quien establece los requisitos de la acción rescisoria concursal reconocida en el artículo 71 LC, y en donde considera que *“Esta opción de política legislativa facilita, decisivamente, la reintegración a la masa activa del concurso de aquellos elementos patrimoniales que salen del patrimonio deudor durante los dos años anteriores a la declaración del concurso si revisten aquel carácter perjudicial; y ello dentro de un plazo legal que, asimismo, contribuye a la seguridad jurídica y estabilidad del tráfico al limitar en el tiempo el ejercicio de la acción.”*; PARRA LUCÁN (2010), **“la compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”**, cit., pág. 54, dispone que el primero de los requisitos a considerar para el ejercicio de la acción rescisoria, es que el negocio jurídico se haya realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Es decir, que el legislador da una mayor trascendencia a la fecha de declaración del concurso, pues, dependiendo de ésta, en comparación con la fecha de celebración del negocio jurídico, se podrá rescindir el negocio jurídico o no; SERRA RODRÍGUEZ (2008), **“La acción pauliana y las acciones rescisorias concursales”, Revista de derecho patrimonial**, núm. 20, pág. 403, quien hablando brevemente de la acción rescisoria concursal, hace un breve inciso diciendo que será necesario que el negocio jurídico impugnado se haya celebrado dentro de, los dos años anteriores a la fecha del auto de declaración del concurso; BERROCAL LANZAROT (2010), **“La acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación”**, cit., págs. 201 y 202, se pronuncia en el mismo sentido que los anteriores autores, tomando como fecha de referencia la del auto de declaración del concurso; DIAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), **“Las acciones de reintegración y la constitución de**

cuenta lo dispuesto en el artículo 22.1 de la LC en su segundo apartado<sup>382</sup>. La doctrina<sup>383</sup> denomina a este lapso de tiempo, “período sospechoso”.

- Que no haya cumplido con todos los requisitos establecidos en el artículo 71 bis.1 LC<sup>384</sup>, ya que por el contrario nos encontraríamos con un acuerdo de refinanciación típico e irrevocable.
- Que exista un perjuicio objetivo de la masa activa<sup>385</sup>. Este requisito es considerado como una disminución de los activos del deudor,

---

**garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general**”, cit., pág. 216, en este sentido; DÍAZ VALES F. (2010), “**Régimen jurídico de la acción rescisoria concursal**”, cit., pág. 295, en la que considera que es requisito sine qua non que el negocio jurídico objeto de rescisión haya sido celebrado dentro del período sospechoso de dos años previos a la declaración de concurso; MORALEJO I. (2013), “**Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrevocabilidad del acuerdo y otros efectos**”, cit., pág. 249, en este sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), “**Institutos preconcursales y refinanciación de deudas**”, cit., pág. 20, en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), “**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**”, cit., pág. 89, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 26 de octubre 2012, núm. 626**, en el mismo sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 11 de noviembre 2013, núm. 669**, en este sentido, considerándolo como requisito sine qua non para el ejercicio de la acción; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sec. I de 23 de enero 2012, núm. 14**, en este sentido.

<sup>382</sup> El artículo 22.1 de la Ley Concursal dispone que “a los efectos de este artículo, la solicitud del deudor realizada conforme el artículo 5bis se entenderá presentada el día en que se formuló la comunicación prevista en dicho artículo.”

<sup>383</sup> Vid. BERROCAL LANZAROT (2010), “**La acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación**”, cit., pág. 201, en este sentido; PARRA LUCÁN (2010), “**La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos**”, cit., pág. 54, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 26 de octubre 2012, núm. 626**, en este sentido.

<sup>384</sup> Vid. PARRA LUCÁN (2010), “**La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos**”, cit., pág. 55, quien dispone que las acciones de impugnación, quedan reservadas para los acuerdos de refinanciación típicos, es decir, los que cumplan con los requisitos del artículo 71 bis.1 LC. Mientras que las acciones de reintegración concursales, sólo serán posibles frente a un acuerdo de refinanciación atípico, es decir, el que se constituye al margen de lo dispuesto en la Ley Concursal.

<sup>385</sup> Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO C. (2011), “**Reintegración concursal: devolución de las prestaciones indebidas (comentario de la STS de 27 de octubre de 2010)**”, cit., pág. 253, quien define el perjuicio patrimonial como un “concepto jurídico indeterminado que debe interpretarse como daño o detrimento, es decir, el patrimonio del deudor experimenta un detrimento patrimonial, un daño, como consecuencia del acto realizado por el deudor. Así existirá perjuicio siempre que se acredite que el patrimonio tendría un mayor valor de no haberse celebrado el acto en cuestión.” [...] Un claro ejemplo que la autora nos da sobre el perjuicio patrimonial injustificado es el de la Sentencia que comenta, siendo: “Las disposiciones onerosas si no hay equivalencia de las prestaciones. Es aquí donde debe, claramente, situarse el caso enjuiciado en la sentencia comentada, por lo que se aplica el apartado cuarto del art. 71 de la Ley concursal que impone a la administración concursal la prueba del perjuicio, perjuicio que reside, precisamente en el bajo precio obtenido en su precipitada venta”; BERROCAL LANZAROT (2010) “**La acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación**”, cit., pág. 204 y 205, define el perjuicio objetivo a la masa como la disminución del patrimonio del deudor de manera ingente. Prosigue diciendo que para su conceptualización no hemos de basarnos en la existencia o ausencia de bienes por parte del deudor, sino en el principio de la par conditio creditorum. De manera que el perjuicio patrimonial se entiende como la merma del patrimonio del deudor, o el favorecimiento de algunos

---

acreedores, sin que se obtenga una contraprestación razonada o equivalente a la operación realizada; LEÓN F. (2004), **“Acciones de reintegración”**, cit., págs. 1307 a 1309, en las que explica que el perjuicio patrimonial es el requisito fundamental de la acción rescisoria concursal. De hecho considera que es la que diferencia esta acción del resto de acciones impugnatorias. Respecto a la definición acuñada por el autor, se pronuncia en el mismo sentido que el resto, haciendo alusión a la doctrina mayoritaria sobre una concepción del perjuicio patrimonial en sentido amplio. Finaliza el apunte diciendo que la prueba del perjuicio patrimonial, y de que éste tuvo lugar dentro del período sospechoso, corresponde al actor que pretende rescindir el negocio jurídico. Continúa en la página 1318 diciendo que la acción rescisoria concursal, se basa en el perjuicio de forma objetiva, mientras que la acción rescisoria civil, o pauliana, exige el elemento volitivo del consilium fraudis; SANCHO GARGALLO **“La refinanciación desde la perspectiva de las acciones rescisorias”**, cit., págs. 4 a 6, en las que describe el perjuicio patrimonial como un acto notoriamente doloso pretende eludir sus obligaciones para con los acreedores, sin justificación alguna; DE CASTRO VÍTORES (2003), **“La acción pauliana”**, Cuadernos civitas de jurisprudencia civil, núm. 62, pág. 454, se pronuncia en el mismo sentido definiendo el perjuicio patrimonial como aquel acto realizado por un deudor, encaminado a provocar un perjuicio al resto de sus acreedores, a través de la escisión de efectos, económicamente valorables, de su patrimonio; así, el autor nos marca un ejemplo consistente en la garantización innecesaria de un crédito por el deudor, diciendo que *“lo que sobreviene es un cambio en el orden y preferencia de éstos, de manera que uno adquiere seguridad de cobro sobre los bienes hipotecados, sin que los demás dejen de tener su garantía genérica: por eso, si el deudor es solvente, no hay menor problema. Ahora bien, desde otra perspectiva, el patrimonio ya no es el mismo que cuando se contrajeron las deudas o, mejor, que en el instante anterior a la constitución de la hipoteca: el problema viene después, cuando llega a saberse que ese patrimonio era, o estaba convirtiéndose en insuficiente”*; VIÑUELA SANZ M. (2013), **“Inmunidad a la resisión y prededucción de la nueva financiación en la Ley 38/2011 (Intereses en juego y opciones de política legislativa)”**, cit., pág. 183 quien define actos perjudiciales como aquellos basados en operaciones impropias de la actividad empresarial, o siendo actividades propiamente empresariales, se ejecuten de forma anormal, provocando así una merma en el activo concursal, por no ser recíproca la ganancia obtenida con el perjuicio causado. Continúa diciendo que también se consiera perjuicio patrimonial el atentado a la par conditio creditorum, es decir, cuando se altera el orden de prelación de los acreedores a la hora de satisfacer su crédito; MARTÍN REYES M.A. (2010), **“El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 10, para un estudio más avanzado del perjuicio patrimonial a efectos de acción rescisoria; DIAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), **“Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general”**, cit., pág. 219 quien menciona las dos tesis existentes sobre el perjuicio patrimonial. La primera o estricta, la considera como una minoración en el patrimonio del deudor, mientras que la teoría amplia, considera el perjuicio patrimonial como un aumento de la dificultad de coro de los acreedores; ESCRIBANO GÁMIR R. (2007), **“El perjuicio en la acción rescisoria concursal”**, cit., págs. 21 a 27 en las que define minuciosamente el perjuicio en la acción rescisoria concursal, desde la tesis amplia, de manera que conceptúa el perjuicio patrimonial como un perjuicio económicamente valorable (patrimonial). Ha de ser objetivo, es decir, tiene que revestir cierta importancia, ya sea cuantitativa como cualitativamente. El acto ha de perjudicar de forma generalizada a toda la masa pasiva, y no sólo a un leve porcentaje. En último lugar el autor refiere que el perjuicio patrimonial no tiene que ser sólo la minoración de su patrimonio, sino que basta con un ataque a la par conditio creditorum, o incluso dificultar la satisfacción de los acreedores en un futuro; ARA TRIADÚ C. (2013), **“El contenido del acuerdo (I). Los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 145, en este sentido, mencionando las dos posturas posibles. Sin embargo, considera que la concepción amplia del perjuicio patrimonial, a efectos de acción rescisoria, es preferible en todo momento; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 250, en este sentido, apoyando el concepto amplio de perjuicio patrimonial; DÍAZ VALES F. (2010), **“Régimen jurídico de la acción rescisoria concursal”**, cit., págs. 270 a 274 define el perjuicio a la masa activa como un acto de desplazamiento patrimonial, siempre y cuando se provoque una merma en el patrimonio. La merma en el patrimonio del deudor consiste en el desplazamiento

provocando un perjuicio a los acreedores. De hecho, la jurisprudencia<sup>386</sup> se posicionó en un concepto amplio, considerando que el perjuicio a acreedores supone un sacrificio patrimonial injustificado que implique una minoración del activo o un atentado contra la par conditio creditorum. Aunque respecto de los Acuerdos de Refinanciación atípicos, el Juez deberá considerar los negocios que lo componen como un todo<sup>387</sup> (no de forma aislada), y desde el punto de vista preconcursal<sup>388</sup>. Existen una serie de presunciones<sup>389</sup> iuris tantum y iuris et de iure, que suponen

---

patrimonial sin una obligación o contraprestación en cuantía suficiente que corresponda a este desplazamiento patrimonial. Sin embargo finaliza la exposición diciendo que ha de entenderse el perjuicio patrimonial desde un punto de vista amplio, es decir, no sólo la merma patrimonial, sino la agravación de su estado de insolvencia, así como una afectación a la par conditio creditorum; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), “**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**”, cit., pág. 90, posicionándose en este concepto amplio de perjuicio patrimonial; PAVÓN NEIRA C. (2013), “**Institutos preconcursales y refinanciación de deudas**”, cit., págs. 21 y 22, en este mismo sentido avalando el concepto amplio de perjuicio patrimonial; **Auto del Tribunal Supremo, Sala I de 7 de septiembre 2010, en recurso 1505/2009**, sobre la necesidad de acreditar o presumir el carácter perjudicial del acto objeto de la acción; **Auto del Tribunal Supremo, Sala I de 16 de marzo 2010, en recurso 473/2009**, en este sentido.

<sup>386</sup> Vid. **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 26 de octubre 2012, núm. 626**, en la que se considera que el perjuicio patrimonial no sólo es la lesión del patrimonio del deudor. También engloba la afectación de la par conditio creditorum aunque no haya habido una merma efectiva del patrimonio del deudor; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de octubre de 1993, núm. 1008**, en este sentido, aunque sobre la acción pauliana, lo cual no obsta para su aplicación en la concepción de perjuicio patrimonial; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. XXVIII de 1 de marzo 2013, núm. 63**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 10 de julio 2012, núm. 188**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 5 de noviembre 2012, núm. 255**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sec. I de 23 de enero 2012, núm. 14**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. IX de 18 de julio 2013, núm. 209**, en este sentido.

<sup>387</sup> Vid. **Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sec. I de 23 de enero 2012, núm. 14**, en la que se considera que ante la eventual acción rescisoria de los negocios de un Acuerdo de Refinanciación atípico, deberán ser considerados de forma conjunta, ya que de lo contrario, el juicio sobre el posible perjuicio que causen, no será real ni objetivo; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 5 de noviembre 2012, núm. 255**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 10 de julio 2012, núm. 188**, en este sentido.

<sup>388</sup> Vid. **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 10 de julio 2012, núm. 188**, en la que se precisa que las garantías y negocios del Acuerdo de Refinanciación atípico, deberán ser evaluados en la fecha y circunstancias de su constitución. Es decir, en el marco de un Acuerdo de Refinanciación, que en todo momento tiene un carácter preconcursal; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 8 de julio 2012, núm. 156**, en este sentido.

<sup>389</sup> Las presunciones del perjuicio patrimonial son las siguientes: **presunciones iuris et de iure: 1.** Actos de disposición a título gratuito, suponen todos aquellos negocios jurídicos de disposición patrimonial que disminuyan el patrimonio del deudor, sin la existencia de una contrapartida que justifique la salida del bien o derecho, “*salvo las liberalidades de uso*”. **2.** Pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuese posterior a la declaración de concurso, implica que se han efectuado pagos de obligaciones en el período sospechoso, siempre que tales obligaciones tuvieren una fecha de vencimiento posterior a la de declaración de concurso, siendo indiferente si el pago se ha realizado total o parcialmente, y afectando a todo tipo de pagos. **Presunciones iuris tantum: 1.** Actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, la cual implica que los actos onerosos entre el deudor y una de las personas mencionadas en el artículo 93 LC, serán

el desplazamiento de la carga de la prueba<sup>390</sup>, del Administrador Concursal<sup>391</sup>, a la parte deudora que ha cometido dicho fraude.

---

considerados perjudiciales para la masa activa, si son realizados dentro del período sospechoso, sin contemplar circunstancias básicas como el precio, la habitualidad o la valoración de la contraprestación obtenida. Todo ello salvo prueba en contrario, que en este caso deberá ser aportada por la parte demandada. Será preciso que sean personas especialmente relacionadas con el deudor en el momento en que se constituyó el acto. Será preciso que el negocio jurídico se haya realizado con una de las personas especialmente relacionadas, y no con un tercero que esté relacionado, o que beneficie a una de las personas especialmente relacionadas con el deudor; **2.** Constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de nuevas contraídas en sustitución de aquellas, lo que indica que si se constituyen garantías reales sobre obligaciones anteriores ya constituidas, o bien se sustituyen las obligaciones preexistente por otras nuevas, dentro del período sospechoso, serán rescindibles, ya que se presume el perjuicio patrimonial, al sufrir una vulneración de la par conditio creditorum. Aunque caben excepciones como es el ACUERDO DE REFINANCIACIÓN, puesto que expresamente se prevé como una excepción a esta presunción de perjuicio patrimonial, en base al artículo 71.6 LC. **3.** Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real, cuando su vencimiento fuere posterior a auto de declaración de concurso. En este supuesto, se aplica la misma justificación que para la presunción iuris et de iure de pago de obligaciones no vencidas, sin embargo, se considera una presunción que admite prueba en contrario, debido a que la obligación está garantizada con una garantía real, por lo que no se puede presumir un perjuicio patrimonial pleno. Información obtenida de las siguientes obras y a cuyo contenido me remito para un estudio más especializado: LEÓN F. (2004), “**Acciones de reintegración**”, cit., págs. 1309 a 1313; VIÑUELAS SANZ M. (2013), “**inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación en la Ley 38/2011 (Intereses en juego y opciones de política legislativa)**”, cit., págs. 18 a 20; PAVÓN NEIRA C. (2013), “**Institutos preconcursales y refinanciación de deudas**”, cit., pág. 20; DIAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), “**Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general**”, cit., pág. 218; ESCRIBANO GÁMIR R. (2007), “**El perjuicio en la acción rescisoria concursal**”, cit., págs. 28 a 47; GUILARTE MARTÍN-CALERO (2011), “**Reintegración concursal: devolución de las prestaciones y mala fe (comentario de la STS de 27 de octubre de 2010)**”, cit., pág. 254; BERROCAL LANZAROT (2010), “**La acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación**”, cit., pág. 209 a 228; DÍAZ VALES F. (2010), “**Régimen jurídico de la acción rescisoria concursal**”, cit., págs. 276 a 286; FERNÁNDEZ CAMPOS J.A. (2007), “**Reintegración del patrimonio del concursado**”, cit., pág. 24; GARCÍA SANZ A. (2006), “**El sistema de reintegración de la masa en la Ley Concursal**”, Estudios de Derecho Concursal, AAVV, coordinada por PEINADO GARCÍA J.I./VALENZUELA GARACH F.J., Marcial Pons, Madrid, págs. 388 a 392; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), “**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**”, cit., págs. 90 a 92; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sec. V de 25 de febrero 2013, núm. 122**, sobre la presunción de perjudicialidad de la constitución de garantías en créditos preexistentes; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. IX de 17 de junio 2013, núm. 179**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. XXVII de 1 de marzo 2013, núm. 63**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 8 de julio 2012, núm. 156**, sobre la presunción de perjuicio de los actos gratuitos; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 26 de octubre 2012, núm. 626**, sobre la presunción del perjuicio del pago anticipado de deudas no vencidas; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I, Pleno de 18 de abril 2013, núm. 245**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de diciembre 2013, núm. 754**, en este sentido;

<sup>390</sup> Vid. **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de junio 1994, núm. 635**, en la que se dice que la presunción del perjuicio patrimonial invierte la carga de la prueba, siempre que sea iuris tantum. En caso en que la presunción sea iuris et de iure, no se probará nada, pues será innecable el perjuicio patrimonial, no habiendo desplazamiento de la carga de la prueba; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. XXVIII de 1 de marzo 2013, núm. 63**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sec. V de 25 de febrero 2013, núm. 122**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 8 de julio**

- Acción o negocio jurídico que haya sido válidamente constituido<sup>392</sup>, ya que todo aquello que no ha surgido correctamente no puede ser rescindido, sino nulo. Así, DE CASTRO<sup>393</sup> dispone que un negocio rescindible es un negocio válidamente celebrado, pero que produciendo perjuicio a una de las partes o a un tercero (perjuicio que la ley estima especialmente injusto, y para el que no hay otro recurso legal de obtener su reparación) podrá ser declarado ineficaz (o reducida su eficacia) a petición del perjudicado.
- Falta de justificación del negocio jurídico. Consiste en un acto realizado por el concursado en dicho período sospechoso, provocando un perjuicio a los acreedores, siempre que carezca de razón alguna. Este requisito será evaluado por el Juez de lo Mercantil competente. La doctrina<sup>394</sup> lo considera como un control de la justificación retrospectivo, ya que en el caso en que el concurso sea declarado, el Juez tendrá que situarse en el momento en que éste negocio jurídico se llevó a cabo. Para poder valorar la posible justificación del negocio jurídico objeto de rescisión han de contemplarse las circunstancias que imbuían al concursado, ya que sólo

---

**2012, núm. 156**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 10 de julio 2012, núm. 188**, en este sentido;

<sup>391</sup> Vid. **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 26 de octubre 2012, núm. 626**, en la que se recoge que la carga de la prueba del perjuicio que provoca el acto rescindido, corresponde al Administrador Concursal, salvo que invoque una presunción de dicho perjuicio, en cuyo caso la carga de la prueba se invierte; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. IX de 18 de julio 2013, núm. 209**, en este sentido, reconociendo que la carga de la prueba del perjuicio patrimonial corresponde al Administrador Concursal.

<sup>392</sup> Vid. **Sentencia del Tribunal Supremo Sala I de 29 de septiembre 2010, núm. 586**, “*como razones que justifican esta doctrina, que se trata de negocios válidamente celebrados, sin defecto alguno en su origen, que han de ser privados de eficacia de forma sobrevenida a consecuencia de la declaración de quiebra y la fijación de la fecha de retroacción, lo que aconseja evitar la sanción de nulidad automática e indiscriminada de todos ellos, y tan solo declarar ineficaces aquellos que se demuestre que han causado un perjuicio para la masa activa y para el trato igualitario a que tienen derecho los acreedores.*”; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de diciembre 2013, núm. 754**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 21 de noviembre 2005, núm. 881**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 6 de mayo 2008, núm. 278**, en este sentido; AMORÓS GUARDIOLA (2007), “**Las acciones rescisorias en relación con el registro de la propiedad. La acción rescisoria concursal**”, cit., pág. 656, parte de que la acción rescisoria está reservada para la revocación de negocios jurídicos válidamente celebrados, en los que se pretende su ineficacia.; DIAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), “**Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general**”, cit., pág. 217 en el mismo sentido.

<sup>393</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO (1985), **El negocio jurídico**, Civitas, Madrid, pág. 520

<sup>394</sup> Vid. SANCHO GARGALLO “**La refinanciación desde la perspectiva de las acciones rescisorias**”, cit., pág. 10, quien menciona que el control del acuerdo de refinanciación y su viabilidad se deberá hacer tomando en consideración las circunstancias del deudor y acreedores en el momento de su firma; LEÓN F. (2004), “**Acciones de reintegración**”, cit., págs. 1307 a 1309, en las que encuadra el concepto de negocio injustificado dentro del perjuicio, señalando que esta falta de justificación tendrá que ser examinada en el momento y circunstancias en que se constituyó el negocio jurídico objeto de rescisión.

así podrá determinarse hasta qué punto el concursado procuraba el perjuicio a los acreedores. El Juez debe comprobar si carece de justificación el negocio jurídico, lo que no debe confundirse con el ánimo de defraudar, o *consilium fraudis*<sup>395</sup>.

En lo referente a los **actos que quedan protegidos de la acción rescisoria**<sup>396</sup>, serán recogidos en el artículo 71.5 de la Ley Concursal. La doctrina<sup>397</sup> considera que

---

<sup>395</sup> Vid. ESCRIBANO GÁMIR R. (2007), “**El perjuicio en la acción rescisoria concursal**”, cit., pág. 17, “*La idea es la objetivación del fraude, su subsunción en el perjuicio o, incluso, su presencia disimulada en el período de sospecha, es casi un clásico en el pensamiento de algunos autores*”; PARRA LUCÁN (2010), “**La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos**”, cit. pág. 58, quien, en una visión comparativa de la acción rescisoria con la acción pauliana, dispone que en la acción pauliana, será preciso demostrar que el deudor actuó con ánimo de defraudar, mientras que en la acción rescisoria, no es preciso, ya que, sólo se tendrán que argumentar el perjuicio patrimonial objetivo.; SERRA RODRÍGUEZ (2008), “**La acción pauliana y las acciones rescisorias concursales**”, cit., pág. 402, establece que en las acciones reintegradoras concursales, o rescisorias concursales, desaparece el elemento de *consilium fraudis*, para el ejercicio de éstas, quedando centradas en la acreditación del perjuicio patrimonial objetivo a la masa activa.; BERROCAL LANZAROT (2010), “**La acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación**”, cit., pág. 206, establece que “*sólo resulta necesario que los actos realizados por el deudor hayan tenido lugar en los dos años anteriores a la declaración del concurso y sean perjudiciales para la masa activa, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. El legislador ha optado por un sistema de carácter objetivo en el que se prescinde del requisito del *consilium fraudis*, pues el centro de gravedad de la normativa concursal sobre rescisión se concreta únicamente en la existencia del perjuicio en el momento temporal indicado y en el régimen de su prueba.*”; DIAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), “**Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general**”, cit., pág. 218, en el mismo sentido, diciendo que no es preciso el *consilium fraudis*; FERNÁNDEZ CAMPOS J.A. (2007), “**Reintegración del patrimonio del concursado**”, cit., pág. 24, en la que dice que no es necesario demostrar que el deudor haya obrado con ánimo de defraudar, sin embargo, el *consilium fraudis*, sí tendrá efectos sobre la acción rescisoria. No supone un requisito de la acción, pero en caso de su concurrencia, los efectos de la acción rescisoria concursal sí pueden alterarse; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 26 de octubre 2012, núm. 626**, sobre la objetivación del elemento objetivo en la acción rescisoria concursal, hasta el punto de haberse suprimido como presupuesto de la acción; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sec. I de 23 de enero 2012, núm. 14**, en este sentido sobre la objetivación del elemento subjetivo del fraude; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. XXVIII de 1 de marzo 2013, núm. 63**, en este sentido;

<sup>396</sup> **En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:** a) Los actos ordinarios de la actividad profesional del deudor realizados en condiciones normales. El carácter ordinario viene determinado por la usualidad o habitualidad a la hora de proceder, no sólo en los actos propios del tráfico comercial, sino en los propios actos preparatorios de éstos. Será necesario que se trate de actos destinados a la empresa, y no actos propios de la economía personal o familiar. Igualmente, el acto debe realizarse en condiciones normales. Para ello será necesario comparar con otros actos similares realizados anteriormente por el deudor, así como actos similares realizados en el mismo sector profesional o empresarial; b) los actos comprendidos en el ámbito de Leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados, con los que se garantiza, de un lado, que los participantes en un sistema, que tengan una posición acreedora frente a otro u otros participantes, no va a ver alterada dicha posición por ninguna causa, aun cuando la relación jurídica suyacente de la que derivó dicha condición acreedora hubiera tenido lugar durante el período sospechoso y, de otro, el cumplimiento de las operaciones pendientes de liquidación y, en definitiva, el correcto funcionamiento de los mercados secundarios de valores, en los que las garantías constituyen un pilar básico. Expresamente tendrán que incluirse en esta excepción las órdenes de transferencia,

este tipo de actos no están sometidos a la acción rescisoria concursal debido a que se consideran justificados, además de no suponer un perjuicio objetivo contra la masa.

Los actos y garantías previstas en la ejecución del Acuerdo de Refinanciación típico<sup>398</sup> (artículo 71 bis Ley Concursal). Son regulados en un precepto diferente con

---

compensaciones y garantías reguladas en la Ley 41/1999, y los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario en las cesiones de crédito reguladas en la Disposición Adicional 3ª.4 de la Ley 1/1999 (salvo dos excepciones: cuando el vencimiento sea posterior al concurso, y cuando el cedente o el cesionario conozca de la situación de insolvencia del deudor en el momento del pago); c) las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica. Se entienden por créditos de derecho público a aquellos que pertenecen a una Administración Pública, según el artículo 5.2 de la Ley 47/2003 General Presupuestaria, los tributarios, y los derechos de tipo económico que correspondan a una Administración Pública, a la Seguridad Social o al FOGASA. Información obtenida y resumida de las siguientes obras y a cuyo contenido me remito para una lectura más profunda: DIAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), **“Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general”**, cit., pág. 218; FERNÁNDEZ CAMPOS J.A. (2007), **“Reintegración del patrimonio del concursado”**, cit., págs. 24 y 25; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 21; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., págs. 88 y 95 a 98; DÍAZ VALES F. (2010), **“Régimen jurídico de la acción rescisoria concursal”**, cit., págs. 287 a 294; GARCÍA SANZ A. (2006), **“El sistema de reintegración de la masa en la Ley Concursal”**, cit., pág. 392; LEÓN F. (2004), **“Acciones de reintegración”**, cit., págs. 1313 a 1318; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 413; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del acuerdo y otros efectos”**, cit., págs. 256 a 259; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 26 de octubre 2012, núm. 626**; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de diciembre 2013, núm. 754**.

<sup>397</sup> Vid. GARCÍA SANZ A. (2006), **“El sistema de reintegración de la masa en la Ley Concursal”**, cit., pág. 392, en la que considera que las excepciones recogidas en el artículo 71.5 de la Ley Concursal tienen su razón en que no debieran ser rescindibles por ser justificados, en tanto que se han realizado en condiciones normales. Están justificados bien por venir expresamente protegidos por legislaciones especiales que protegen este tipo de actos de la acción rescisoria, bien por tratarse de créditos con entidades públicas, bien por ser actos que, dada su habitualidad en la actividad profesional del deudor, no implican un perjuicio objetivo, sino que permiten que siga desempeñando esta función profesional; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., págs. 95 a 98, en las que explica cada uno de los actos que no serán rescindibles ex art. 71.5 LC, demostrando que están justificados suficientemente como para que no puedan considerarse como perjudiciales; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 26 de octubre 2012, núm. 626**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. IX de 17 de junio 2013, núm. 179**, en este mismo sentido. Precisa que cada uno de los actos excluidos de la acción rescisoria serán estudiados de conformidad y bajo el prisma de las circunstancias del deudor, en el momento de su constitución. Así, en dicho caso, la deudora constituyó una serie de garantías de crédito bajo la consideración de que se trataba de una actividad normal de su actividad (farmacéutica). Sin embargo, el Tribunal consideró que la concesión de garantías crediticias no es un acto normal en esta actividad, máxime cuando la deudora no lo había hecho con anterioridad, por lo que se consideró que no estaba justificado, siendo desestimada la alegación.

<sup>398</sup> Vid. VALPUESTA GASTAMINZA (2011), **“Los acuerdos de refinanciación en el proyecto de reforma de la Ley Concursal”**, cit., pág. 157, en este sentido; Viñuelas Sanz M. (2013), **“Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación en la Ley 38/2011 (Intereses en juego y opciones de política legislativa)”**, cit., pág. 184; PULGAR EZQUERRA (2011), **“Acuerdos de refinanciación y fresh money”**, cit., pág. 52; PULGAR EZQUERRA (2011) **“Los acuerdos de refinanciación en el proyecto de reforma de la Ley Concursal”**, cit., pág.157; JACQUET YESTE T.

la finalidad de no ser considerados como una excepción a la acción rescisoria, sino como una figura ajena a la acción y también al concurso.

En lo referente a los **aspectos procesales**, hemos de decir, que a diferencia del resto de acciones rescisorias, no tiene un plazo legal de prescripción<sup>399</sup>, sino que tan sólo requiere que el acto a rescindir haya sido realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

Respecto a la legitimación activa para el ejercicio de la acción rescisoria hemos de tratar dos cuestiones:

- Legitimación indirecta del Administrador Concursal y legitimación subsidiaria de los acreedores<sup>400</sup> para cualquier acto o negocio jurídico.
- Legitimación única del Administrador Concursal cuando se trate rescindir un negocio o acto realizado en el marco de un acuerdo de refinanciación<sup>401</sup>.

La legitimación pasiva<sup>402</sup> de la acción rescisoria le corresponde al deudor y a la otra parte con la que se constituyó el negocio jurídico. Sin embargo, si del tercero

---

(2013), **“Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio”**, cit., págs. 113 y 114; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ A. (2012), **“Reflexiones sobre las soluciones preconcursales”**, cit., pág. 123, en el mismo sentido;

<sup>399</sup> Vid. RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 109, *“No podemos olvidar que las acciones rescisorias concursales se pueden denunciar y reclamar en los dos años de la declaración de concurso, y que se pueden interponer a lo largo del concurso hasta su extinción y archivo”*; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. XXVIII de 1 de marzo 2013, núm. 63**, *“la acción rescisoria concursal ( artículos 71 a 73 de la LC EDL 2003/29207 - dejando al margen las acciones extraconcursales a las que se refiere el num. 6 del artículo 71) nace con el concurso y se extingue con él, por lo que podría ejercitarse durante todo el tiempo de duración del mismo, sin que le resulten aplicables las exigencias temporales que rigen para las acciones rescisorias extraconcursales.”*; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de diciembre 2013, núm. 754**, en este sentido.

<sup>400</sup> Se puede hablar en este caso de un sistema de legitimación complejo o indirecto. Tal y como describe el artículo 72 de la Ley Concursal, el Administrador Concursal tiene la legitimación para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás acciones impugnatorias que se interpongan dentro del concurso. Sin embargo, coexiste también una legitimación subsidiaria por la cual los acreedores también podrán ejercitar las acciones rescisorias e impugnatorias siempre y cuando hayan instado por escrito al Administrador Concursal para que las ejercite (expresando en el escrito el acto a rescindir y el motivo por el que se pretende la rescisión) y que hayan transcurrido 6 meses, desde la fecha de la instancia al Administrador Concursal, sin haberse ejercitado la acción rescisoria o impugnatoria. Información obtenida de la lectura y resumen de las siguientes obras y a cuyo contenido me remito para una lectura más avanzada: DIAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), **“Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general”**, cit., pág. 219; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES (2011), **“Los efectos de la acción rescisoria concursal”**, Jornadas de Derecho Civil y Ley Concursal, Málaga, pág. 1; PARRA LUCÁN (2010), **“La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”**, cit., pág. 55.

<sup>401</sup> La legitimación única del Administrador Concursal frente a los actos y negocios jurídicos realizados en un acuerdo de refinanciación, serán tratados más adelante en el subapartado 3.1.3 bajo el epígrafe de Legitimación para el ejercicio de estas acciones.

adquirente ha pasado la propiedad a otra persona (tercero subadquirente), también se le podrá incluir en la parte demandada de la acción rescisoria.

La competencia para resolver de la acción rescisoria concursal le corresponde al Juez que hubiere declarado previamente el concurso, en base a la atribución de la competencia del artículo 9 de la Ley Concursal<sup>403</sup>.

---

<sup>402</sup> Vid. DIAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), **“Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general”**, cit., pág. 220 *“Con carácter general, las demandas de rescisión (y también las demás acciones de impugnación, pese al silencio legal) deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido partes en el acto impugnado (art. 72.3 LC), lo que constituye un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario. Si los bienes que se pretenden reintegrar a la masa activa hubieran sido objeto de ulterior transmisión, los administradores concursales o, en su caso, los acreedores legitimados subsidiariamente deberán dirigir su demanda frente al subadquirente, siempre y cuando pretendan desvirtuar la presunción de buena fe, atacar la irrevindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral. En caso contrario, la ausencia de demanda frente al subadquirente, legitimado pasivamente frente al ejercicio de la acción de reintegración, tiene el efecto de consolidar su posición jurídica, pero no impide la continuación del procedimiento en relación con el concursado y, sobre todo, el tercero que con el deudor común se relacionara en el acto objeto de impugnación.”*

<sup>403</sup> Los **Jugados de lo Mercantil**, son aquellos competentes para conocer de todas las cuestiones relativas al procedimiento concursal, en virtud de los artículos 8 y 9 de la Ley Concursal. Estará compuesto por Jueces que hayan alcanzado su plaza por medio de oposición, y además acrediten su mayor conocimiento en materia mercantil, no pudiendo acceder a este cargo los Jueces designados por el llamado “cuarto turno”. Respecto a las competencias de estos Juzgados, en base al principio de concentración, serán competentes para conocer de las siguientes cuestiones: **1.** Sobre la declaración de concurso, y cada una de las piezas que componen el proceso concursal; **2.** Sobre todas las cuestiones que puedan surgir en torno al concurso, tramitadas bajo los cauces del incidente concursal; **3.** Todas aquellas especialmente atribuidas a estos Juzgados, como son las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales, las pretensiones resolutorias de contratos celebrados por el concursado, las pretensiones indemnizatorias contra los socios responsables, etc.; **4.** Conocen también de todos los recursos de reposición interpuestos contra resoluciones dictadas por el Juzgado de lo Mercantil; **5.** De manera especial, los recursos de apelación que se interpongan contra las resoluciones del Juez de lo Mercantil, se presentarán ante la Sección Especial de lo Mercantil de la Audiencia Provincial, pudiendo considerarse una especie de competencia especial. Se excluye de su competencia las siguientes cuestiones: **1.** Determinadas acciones civiles expresamente atribuidas a los Juzgados de Primera Instancia; **2.** Las cuestiones del orden Contencioso-Administrativo; **3.** Las acciones penales; **4.** Las acciones civiles derivadas de un ilícito penal. Para finalizar, resta decir que la competencia de los Juzgados de lo Mercantil, es exclusiva y excluyente, ya que, sobre las competencias de este Juzgado, nadie puede poner en tela de juicio su potestad para enjuiciar. Desde el momento en que se declara abierto el proceso concursal, será el Juez de lo Mercantil el ÚNICO competente para conocer de las acciones anteriormente enumeradas, ya que la Ley, por medio de mandato, le atribuye competencia exclusiva, y que en ningún caso puede inhibirla. Información obtenida de las siguientes obras y a cuyo contenido me remito para una lectura más profunda: CALDERÓN PÍA (2004), **“Juez del Concurso”, Comentario de la Ley Concursal**, AAVV dirigida por ROJO A./BELTRÁN E., Tomo I, Primera Edición, Edit. Thomsom Civitas, Madrid, pags. 189 a 309; CAMPUZANO A.B./SEBASTIÁN R./TORTUERO J. (2013), **“Esquemas de Derecho Concursal”**, Tomo XXI, Sexta Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia; ALTÉS TÁRREGA J.A. (2013), **“La competencia del juez del concurso en materia laboral: una revisión crítica a la luz de las últimas reformas laborales y concursales”**, dirigida por GOERLICH J.M., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, quien en toda la obra examina las competencias laborales de los Juzgados de lo Mercantil a lo largo del proceso concursal; RODRIGO DE LARRUCEA J./PEDREÑO L. (2012), **“Lecciones de Derecho Concursal”**, págs. 7 y 8, con la dirección

Cabe destacar que la acción rescisoria será llevada a cabo<sup>404</sup> bajo los trámites del incidente concursal<sup>405</sup>.

Para finalizar, **el efecto principal de la acción rescisoria**, consiste en la restitución del patrimonio del deudor<sup>406</sup>.

---

<http://upcommons.upc.edu/e-prints/bitstream/2117/2844/1/LECCIONES%20DERECHO%20CONCURSAL%202009.pdf>, consultado en enero de 2014, págs. 50 a 52.

<sup>404</sup> Vid. DIAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), **“Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general”**, cit., pág. 220, *“Las acciones de rescisión que se ejerciten contra los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, así como las demás acciones de impugnación de actos del deudor (art. 72.4 LC) se tramitarán por el cauce del incidente concursal”*.

<sup>405</sup> El **incidente concursal** es un tipo de procedimiento reservado para todas aquellas cuestiones que, por atribución expresa de la norma, serán competencia del Juez de lo mercantil que esté conociendo del proceso concursal al que están ligadas. El procedimiento se caracteriza por dos apuntes: su celeridad y el no efecto suspensivo. Esto se justifica en que la base del proceso concursal es, entre otras cosas, eliminar el daño que la dilación procesal puede causar, máxime cuando estamos ante la concurrencia de tantos acreedores insatisfechos. Las fases del procedimiento incidental son las siguientes: **1.** Presentación de la demanda incidental. Los requisitos formales de la demanda incidental son los mismos que los previstos para cualquier demanda civil, regulados en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; **2.** Una vez presentada ante el Juzgado de lo Mercantil, el Juez expedirá una providencia admitiendo a trámite la demanda y emplazando al resto de, partes, para que contesten a la misma en plazo de 10 días siguientes a la notificación de la providencia, dentro de los cuales, en los 5 días primeros se podrán plantear cuestiones procesales previas; **3.** Una vez se haya contestado a la demanda, el Juez fijará una fecha para la celebración de la vista, sólo en caso de que los hechos controvertidos reviertan especial complicación, o bien cuando se hayan solicitado pruebas que exijan la presencia judicial en su práctica (testifical, testifical-pericial, declaración de partes, etc). Esta vista será sustanciada bajo los trámites del juicio verbal. En caso contrario el Juez emitirá Sentencia sin llegar a celebrar vista. Contra la Sentencia que resuelve del incidente, cabe interponer recurso de apelación en el plazo máximo de 5 días. Información obtenida de la lectura y resumen de las siguientes obras, y a cuyo contenido me remito para un estudio más profundo: DÍAZ MARTÍNEZ M. (2012), **“El incidente concursal: Un instrumento autónomo de la tutela en el concurso de acreedores”**, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 92 a 144; BONET NAVARRO A. (2010), **“La reforma del incidente concursal”**, Anuario de Derecho Concursal, núm. 19, págs.. 9 a 44; ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN P. (2008), **“El proceso incidental concursal. El llamado incidente concursal”**, en Tratado de Derecho Mercantil, AAVV dirigida por OLIVENCIA RUIZ M./FERNÁNDEZ-NOVOA RODRÍGUEZ C./JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA R., Edit. Marcial Pons, Madrid, Vol. 7, págs. 207 a 289; GÓMEZ AMIGO L, (2014), **“La tramitación del incidente concursal”**, Anuario de Derecho Concursal, núm. 33, versión electrónica de la Revista consultada en Enero de 2015, págs. 125 a 144.

<sup>406</sup> Vid. LEÓN F. (2004), **“Acciones de reintegración”**, cit., pág. 1330, *“Las acciones de rescisión se dirigen a remover los efectos de los actos que han perjudicado de forma injustificada a los acreedores concursales. Mediante el ejercicio de estas acciones se pretende reintegrar la situación patrimonial del deudor al momento inmediatamente anterior a la realización del acto y, de ese modo, se hace inmunes a los acreedores concursales de las consecuencias dañosas para sus intereses que se hubieran podido derivar de los actos que se rescinden”*; DIAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), **“Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general”**, cit., pág. 220, en este sentido y considerándolo como el efecto principal; FERNÁNDEZ CAMPOS J.A. (2007), **“Reintegración del patrimonio del concursado”**, cit, pág. 31, en el mismo sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 8 de julio 2012, núm. 156**, en este sentido, diciendo que la restitución tendrá un efecto retroactivo a la fecha en la que se constituyó el acto

Pero no es el único efecto, pues una vez se ha restituido el patrimonio del deudor, surge un derecho de crédito por parte de la persona que contrató con el deudor. La doctrina lo denomina un “doble efecto”<sup>407</sup>.

Éste crédito tendrá la consideración de crédito contra la masa, por lo que se satisfará simultáneamente con la restitución<sup>408</sup>. Sin embargo, si se prueba la mala fe del contratante su crédito será subordinado<sup>409</sup>.

---

revocado; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 7 de diciembre 2012, núm. 723**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. XXVIII de 1 de marzo 2013, núm. 63**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 10 de octubre 2007**, en este sentido.; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sec. V de 25 de febrero 2013, núm. 122**, en el mismo sentido. Precisa además que en caso de rescindirse la garantía concedida a un crédito preexistente, ésta será restituida. Sin embargo, ello no implica la revocación del crédito preexistente, sino que sólo que sólo afectará a la garantía, subsistiendo el crédito en el estado anterior a la constitución de la garantía.

<sup>407</sup> Vid. DIAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), **“Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general”**, cit., pág. 221, *“La ineficacia del acto impugnado, como consecuencia de la estimación de la acción rescisoria, produce, por tanto, un doble efecto: de un lado, la reintegración a la masa de lo que de ella no debió salir (prestación del concursado) y, do otro, la reducción de la masa en lo que entró indebidamente (prestación de quien contrató con el concursado)”*; LEÓN F. (2004), **“Acciones de reintegración”**, cit., pág. 1331, en este mismo sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. XXVIII de 1 de marzo 2013, núm. 63**, sobre la consideración de crédito de la cantidad restituida. Sin embargo precisa que sólo surgirá el derecho de crédito en tanto la restitución supone un importe económico.

<sup>408</sup> Vid. DIAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), **“Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general”**, cit., pág. 221, en el que expone que el contratante adquiere un crédito contra la masa una vez se produce la reintegración. Sin embargo, éste, dado su categoría, tendrá que satisfacerse en el mismo momento en que se produce la restitución, ya que de lo contrario podría sufrir un enriquecimiento injusto de la masa activa del deudor; FERNÁNDEZ CAMPOS J.A. (2007), **“Reintegración del patrimonio del concursado”**, cit, pág. 32, en la que estudia el supuesto en que el deudor realiza el acto de disposición patrimonial a un tercero de buena fe, siendo posible la restitución del bien objeto de rescisión. En este caso, concluye diciendo que el tercero tendrá obligación de restituir el bien, surgiendo un derecho de crédito contra la masa de este tercero, por el valor que hubiere pagado por el bien en cuestión. Esta restitución del precio pagado se hará de forma simultánea a la restitución. Añade que, en el caso en que se trate de un acto de disposición a título gratuito, no surgirá el derecho a la restitución, ya que no se ha pagado ninguna cantidad por el bien, y de lo contrario, el tercero sufriría un enriquecimiento injusto a cargo de la masa activa; LEÓN F. (2004), **“Acciones de reintegración”**, cit., pág. 1331, en el mismo sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 7 de diciembre 2012, núm. 723**, *“En principio, el crédito de la contraparte a recibir la contraprestación entregada al deudor concursado al perfeccionar el negocio que se rescinde es un crédito contra la masa ( art. 84.2.8º), y debe ser abonado por la administración concursal simultáneamente a la reintegración de los bienes o derechos objeto del acto rescindido”*; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 26 de octubre 2012, núm. 626**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. XXVIII de 1 de marzo 2013, núm. 63**, en este sentido.

<sup>409</sup> Vid. FERNÁNDEZ CAMPOS J.A. (2007), **“Reintegración del patrimonio del concursado”**, cit, págs. 33 a 35 *“En este segundo caso, habrá reintegración de la masa con la devolución a cargo del demandado de la prestación recibida, y a cambio, el demandado será titular de un crédito para recuperar lo que a su vez, él había entregado al deudor concursado, sólo que en este caso no se tratará de un crédito contra la masa, como en el caso anterior, sin de un crédito subordinado, art. 92.6º.”* Respecto a lo que entiende por mala fe, dice que, *“No lo alcanza el propio artículo 73, de*

La jurisprudencia<sup>410</sup> ha precisado que la mala fe en el tercero adquirente o subadquirente supone el conocimiento de los posibles efectos perjudiciales que puede provocar el acto patrimonial. No es el ánimo de perjudicar, sino el conocimiento del carácter perjudicial del acto. Sin embargo, siempre se presume la buena fe, por lo que habrá que acreditar la mala fe, bien a través de pruebas, bien a través de presunciones<sup>411</sup>.

Respecto al tercero subadquirente<sup>412</sup>, se protege su posesión, habida cuenta que no ha tenido relación directa con el deudor. El tercero subadquirente no tendrá que restituir el bien. Será el tercero contratante quien, ante la imposible restitución, tenga que indemnizar por el valor del bien en el momento en que se efectuó la transmisión (obteniendo un crédito contra la masa por valor de lo restituido).

---

*modo que nos hallamos ante una nueva laguna de la Ley Concursal, que nuestra autorizada doctrina (pese a haber predicado que la LC contenía un régimen suficientemente completo) colma acudiendo a la rescisión ordinaria y a la doctrina civilística para la cual mala fe significa conocer o deber conocer que el acto realizado era perjudicial, y que el deudor estaba en situación de crisis o insolvencia”;* LEÓN F. (2004), “**Acciones de reintegración**”, cit., pág. 1331, en el mismo sentido, diciendo que “*la mala fe en la conducta del tercero, el tratamiento normativo de los efectos de las acciones rescisorias específicas del concurso se endurece de manera considerable y el derecho del tercero a la devolución de lo entregado al deudor se regula con notable rigor a favor de los acreedores concursales*”; DIAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), “**Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general**”, cit., pág. 221, en este mismo sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 7 de diciembre 2012, núm. 723**, “*Excepcionalmente, para el caso en que la contraparte hubiere actuado de mala fe, el art. 73.3 LC prevé la transformación de su crédito en concursal, y, dentro de éstos, en crédito subordinado ( art. 92.6º LC), con la consiguiente postergación en el cobro, caso de liquidación, y el régimen de participación y vinculación, en caso de convenio. Si es un crédito concursal, entonces cesa el derecho a ser cobrado simultáneamente a la entrega de su prestación.*”; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 26 de octubre 2012, núm. 626**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. XXVIII de 1 de marzo 2013, núm. 63**, en este sentido.

<sup>410</sup> Vid. **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 7 de diciembre 2012, núm. 723**, “*El subjetivo “no requiere la intención de dañar”, sino “la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos”, y “se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico”*”; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 16 de septiembre 2010, núm. 548**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 27 de octubre 2010, núm. 662**, en este sentido.

<sup>411</sup> Respecto a las presunciones sobre mala fe, nos remitimos a las notas referentes al consilium fraudis en la acción pauliana, dado que es un requisito de la acción pauliana, y no de la acción rescisoria.

<sup>412</sup> Vid. DIAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), “**Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general**”, cit., pág. 221, “*Ahora bien, la protección que se otorga al subadquirente no excluye el efecto restitutorio que recae sobre quien contrató con el concursado, si bien, ante la imposibilidad de devolución de lo por él recibido, su obligación de restitución se concreta en el pago de una cantidad dineraria, en concreto, la del valor que tuvieron los bienes y derechos cuando salieron del patrimonio del concursado, más el interés legal, condicionando dicho pago a la simultánea satisfacción por parte del concurso del derecho de crédito que ostenta el tercero*”; LEÓN F. (2004), “**Acciones de reintegración**”, cit., pág. 1331, en el mismo sentido; FERNÁNDEZ CAMPOS J.A. (2007), “**Reintegración del patrimonio del concursado**”, cit, págs. 35 a 38, en el mismo sentido.

Ahora bien, si en esta misma tesitura se demuestra que el tercero contratante actuó con mala fe<sup>413</sup>, no sólo tendrá que restituir el valor del bien, incrementado en el interés legal, sino que además tendrá que pagar una indemnización por los daños y perjuicios causados, además de ser considerado su crédito como subordinado.

## 2.1.2 Las acciones de impugnación<sup>414</sup>, contra los Acuerdos de Refinanciación.

### 2.1.2.1 La acción pauliana.

La acción pauliana **consiste** en una acción de impugnación extraconcursal regulada<sup>415</sup> en el artículo 1291.3 del Código Civil (en adelante, Cc), y complementada con lo dispuesto en el artículo 1111 Cc.

---

<sup>413</sup> Vid. LEÓN F. (2004), **“Acciones de reintegración”**, cit., pág. 1332, *“si se apreciara mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa (art. 73.2). En los actos a título gratuito, podría pensarse que quedase obligado a devolver a la masa únicamente aquello en que se hubiera enriquecido, pero el tenor literal de la Ley inclina a pensar en la exigencia de una restitución íntegra.”*; FERNÁNDEZ CAMPOS J.A. (2007), **“Reintegración del patrimonio del concursado”**, cit., pág. 39, donde estudia el supuesto de imposibilidad de restitución del bien por un tercero subadquirente, diciendo que, *“Si restitución no es posible, pero demandado actuó de mala fe, deberá indemnizar todos los daños derivados (no valor pretérito más intereses legales, sino valor actual y todos los daños derivados). Es un régimen de efectos no desconocido en nuestro ordenamiento; atiéndase al régimen previsto para la rescisoria civil en el art. 1298 cuando el adquirente actuó de mala fe y por cualquier causa no es posible la devolución; o por otro lado, la extensión de la indemnización en el régimen de responsabilidad contractual, cuando el incumplimiento se debe a dolo.”*; DIAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), **“Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general”**, cit., pág. 222, en este sentido.

<sup>414</sup> Vid. DIAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), **“Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general”**, cit., pág. 219, *“Por otra parte, la LC, a diferencia de lo que sucedía en el ordenamiento anterior que guardaba silencio sobre esta cuestión, admite expresamente la posibilidad de que, junto al ejercicio de las acciones rescisorias, puedan entablarse otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforma a Derecho, si bien habrán de ejercitarse ante el Juez del Concurso y de conformidad con las normas de legitimación y procedimiento que regulan su ejercicio”*; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 414 y 417, en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., págs. 106 y 108. Expresamente queremos remarcar la página 108, en la que precisa que la acción pauliana y la acción de nulidad están por encima de los intereses protegidos por el legislador en el artículo 71. Bis LC. Por ello siempre ha de permitirse su ejercicio.

<sup>415</sup> Vid. DE TORRES PEREA J.M. (2001), **“Presupuestos de la acción rescisoria”**, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 166, en la que expone que la regulación de la acción pauliana es un tema controvertido, ya que la doctrina mayoritaria, en la que nos posicionamos, considera que se regula en los artículos 1291.3 y 1111 Cc, mientras que el autor opina que sólo se aplicaría el artículo 1291.3 Cc, ya que el supuesto de hecho recogido en el artículo 1111 Cc está alejado de la

Se permite el ejercicio de esta acción, debido a que el artículo 71.6 y 72.2 LC así lo disponen<sup>416</sup>. La doctrina<sup>417</sup> establece que la acción pauliana puede ejercitarse contra los acuerdos de refinanciación típicos.

El artículo 1291.3 Cc considera que el acreedor está en condición de poder impugnar todos aquellos actos que, realizados por el deudor, tratan de enervar sus derechos sobre los bienes del mismo, siempre que no hubiere otro medio disponible de hacer efectivos los intereses del acreedor.

Asimismo, la doctrina<sup>418</sup> la define, con carácter general, como un tipo de acción impugnatoria. Una acción de tipo revocatorio<sup>419</sup>, en la que el acreedor que ejercita la

---

acción pauliana. Sin embargo la doctrina mayoritaria considera que se regulará en ambos preceptos, postura a la que nos sumamos, y que de hecho estudia el autor ya que SÓLO ÉL opina al contrario; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 108, en este sentido.

<sup>416</sup> Vid. PARRA LUCÁN (2010), **“La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”**, cit., págs. 52 a 56, quien analiza la expresión “otras acciones de impugnación”, recogida en el artículo 71.7 LC. Partiendo de la base de que la propia Ley Concursal permite el ejercicio de todo tipo de acciones impugnatorias, el legislador pretende adecuar cada una de estas acciones extraconcursales a la acción rescisoria concursal. Es por ello por lo que la autora dispone que es totalmente compatible el ejercicio de otras acciones de impugnación con la acción rescisoria concursal. También establece que los efectos de cada una de las acciones que se pudieren ejercitar tendrían que adecuarse al contenido del artículo 73 LC, sobre los efectos de la acción rescisoria. Igualmente considera que las presunciones de que se sirven cada una de las acciones extraconcursales, debieran interpretarse a la luz de lo dispuesto en la Ley Concursal y las presunciones del artículo 71 LC. Además precisa que el plazo de 2 años reconocido en el artículo 71 LC, es de aplicación a las acciones de impugnación, en el sentido de que el negocio jurídico impugnado tendrá que ser celebrado en los dos años anteriores a la declaración de concurso, con independencia al plazo de caducidad de la acción. Por último establece que a efectos de legitimación, ésta corresponde a la Administración Concursal, en base a lo establecido en el artículo 72.2 LC, sin que quepa legitimación subsidiaria; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 106, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I Pleno de 18 de abril 2013, núm. 245**, *“El art. 71 LC, además de configurar una acción rescisoria propia, denominada concursal, basada en el perjuicio para la masa activa, prevé expresamente que su ejercicio 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 aquellas contiene el artículo siguiente”*. Lógicamente, entre estas acciones de impugnación se encuentra la acción pauliana, sin que exista ninguna razón para excluirla.”

<sup>417</sup> Vid. SANCHO GARGALLO **“La refinanciación desde la perspectiva de las acciones rescisorias”**, cit., pág. 12, quien expresa que *“Esto es, nada impide que puedan ejercitarse acciones de nulidad, como la fundada en la ilicitud de la causa (art. 1277 CC), o la pauliana (art. 1111 y 1291.3 LC), si se cumplen sus respectivos presupuestos legales.”*; PARRA LUCÁN (2010), **“La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”**, cit., pág. 55, señala que contra los acuerdos de refinanciación típicos, no cabe el ejercicio de la acción rescisoria concursal, sino del resto de acciones de impugnación, como es la pauliana; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 109, en este sentido.

<sup>418</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), **“El negocio jurídico”**, cit, pág. 519, en la que expone que *“Los casos de rescisión se dan como medidas correctoras, para evitar la consecuencia injusta, resultante del juego normal del sistema jurídico. La rescisión opera sobre los contratos válidamente celebrados (artículo 1290), para reparar el perjuicio que sin ella sufrirían*

acción, obtiene el derecho de ejecutar el objeto del negocio jurídico, siendo el único beneficiado a tales efectos el actor.

La jurisprudencia<sup>420</sup> la considera como un tipo de acción personal que permite tutelar los derechos de los acreedores frente a actos válidos del deudor, basados en el fraude de acreedores.

---

*determinadas personas*"; PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA J.I. (2001), **"Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil español"**, Edit. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, págs. 251 a 255, en las que explica que la acción rescisoria o pauliana, es un tipo de acción impugnatoria que procura revocar los efectos de un negocio que, válidamente celebrado, produce perjuicio a los acreedores habiendo mediado una actuación fraudulenta de parte del deudor. Se dedica a lo largo de estas páginas a distinguir la acción de nulidad o de anulabilidad, de la acción pauliana. Concretamente establece la principal diferencia en que las acciones de nulidad y anulabilidad parten de un defecto en el negocio jurídico, mientras que la pauliana precisa que el negocio haya sido válidamente celebrado.; BERROCAL LANZAROT (2010), **"La acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación"**, cit., págs. 247 y 248, quien ofrece una definición de acción pauliana desde un aspecto civil, en la cual destaca sus características, tales como el plazo de 4 años de caducidad, la necesidad de acreditar el consilium fraudis, su carácter impugnatorio, y su carácter no restitutorio; DE CASTRO VÍTORES (2003), **"La acción pauliana"**, cit., pág. 454, indica los requisitos y caracteres de la acción pauliana; PARRA LUCÁN (2010), **"La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos"**, cit., pág. 57, da una definición genérica de acción pauliana desde un aspecto civil, para ir adecuándola paulatinamente a los principios y caracteres que imbuyen el proceso concursal y los artículos 71 a 73 de la Ley Concursal; ESCRIBANO GÁMIR R. (2007), **"El perjuicio en la acción rescisoria concursal"**, cit., pág. 10, en la que define la acción rescisoria civil o pauliana como aquella acción revocatoria que se ejercita frente a actos válidamente celebrados por ser fraudulentos, en atención a la equidad jurídica. El autor fundamenta el ejercicio de la acción en que todos los acreedores deben ser tratados con equidad, por lo que cualquier actuación fraudulenta (como base de la definición) supone el perjuicio y por tanto la rescisión del acto.

<sup>419</sup> Vid. PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA J.I. (2001), **"Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil español"**, cit., pág. 262, *"Mientras, la acción revocatoria se concede a un tercero –acreedor defraudado- contra los actos de disposición patrimonial del deudor realizados en perjuicio de su derecho para impedir el fraude y la mala fe, alcanzando a los terceros adquirentes inmediatos del deudor. [...] En la rescisión por fraude de acreedores se dará la eficacia revocatoria, por la que, rescindido el título del tercero, queda abierta al acreedor la posibilidad de obtener satisfacción sobre las cosas fraudulentamente enajenadas"* Continúa en la página 264 diciendo que el efecto de la Sentencia que estima la acción pauliana, concede al acreedor el poder para poder hacer efectivo su derecho de crédito con el bien que fraudulentamente salió del patrimonio del deudor.; DIÉZ-PICAZO L/GULLÓN A (2001), **"Sistema de Derecho Civil"**, Edición IX, Edit. Tecnos, Madrid, págs. 112 y 113, en este sentido; DE CASTRO VÍTORES (2003), **"La acción pauliana"**, cit., pág. 456, quien explica que la acción pauliana tiene un efecto revocatorio, puesto que en caso de que triunfe la acción, y se acredite el fraude, los bienes del deudor volverán al estado al que se encontraban antes de celebrarse el negocio jurídico, para así, el acreedor poder ejecutarlos en pro de su crédito; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), **"Comentarios al Código Civil"**, Tomo VIII, Volumen II, Edit. Instituto Editorial Reus, Madrid, págs. 545, 547 y 548, en este sentido, diciendo que es el remedio contra actos jurídicos válidos que provocan un perjuicio a los acreedores.

<sup>420</sup> Vid. **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 7 de septiembre 2012, núm. 510**, la acción pauliana es *"una acción personal que, con carácter general, posibilita a los acreedores para atacar la eficacia funcional de los actos fraudulentos celebrados por el deudor, en la medida en que dichos actos determinen su incapacidad patrimonial en orden a la satisfacción de los respectivos créditos"*; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I, Pleno de 18 de abril 2013, núm.**

A simple vista parece que la pauliana es la misma acción de la rescisoria, sin embargo, se tratan de dos acciones totalmente diferentes<sup>421</sup>.

La acción pauliana civil ha de cumplir con una serie de **requisitos**<sup>422</sup>, los cuales son:

- Dispone el acreedor de un plazo de caducidad de la acción de 4 años<sup>423</sup>. Respecto al dies a quo del plazo de caducidad, la doctrina mayoritaria y la

---

**245**, en este sentido. Añade que el carácter personal radica en que sólo el acreedor perjudicado podrá ejercitarla, además de que sólo éste resultará beneficiado del éxito de la acción; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 15 de septiembre 1997, núm. 769**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 21 de noviembre 2005, núm. 881**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 27 de marzo 2007, núm. 395**, en este sentido, diciendo que la diferencia entre la acción de nulidad y la pauliana, radica en que la pauliana se basa en el fraude de acreedores de un negocio válido, mientras que la nulidad se fundamenta en un vicio en el negocio jurídico.

<sup>421</sup> Vid. **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 10 de octubre 2007, núm. 1090**, “Paralelamente, la jurisprudencia de esta Sala ha diferenciado las acciones revocatorias concursales de las acciones revocatorias ordinarias, en atención a su distinto fundamento, características y efectos, lo que, como indica la sentencia de 30 de enero de 2004, se traduce no solo en una distinta legitimación activa -que corresponde, en las primeras, a los Síndicos, y en las segundas, a cualquier acreedor perjudicado en su crédito-, sino también en diferentes consecuencias, dado que las acciones concursales tienden a la reintegración de la masa, mientras que la pauliana beneficia únicamente de modo directo al acreedor o acreedores que la ejercitan, por lo que el provecho del ejercicio de la acción solo es para el accionante. Se ha afirmado por esta Sala que el reconocimiento de la legitimación de los acreedores para el ejercicio de una acción pauliana no se vulnera el principio concursal esencial de la par conditio -rectius, condicio- creditorum, “porque no se altera la igualdad respecto de la masa activa, ni se atribuye ningún privilegio o preferencia respecto de la misma, ya que los bienes donados sobre los que incide la rescisión están fuera del patrimonio del deudor. Es más, en tal perspectiva, incluso los otros acreedores de la suspensión resultarían indirectamente beneficiados, al extinguirse o reducirse el crédito del acreedor resarcido mediante la acción pauliana” -Sentencia de 30 de enero de 2004-.”

<sup>422</sup> Vid. CRISTÓBAL MONTES A. (2003), “**Presupuestos y condiciones de la acción pauliana**”, **Revista de Derecho Privado**, número de mayo-junio, pág. 340 en la que menciona los requisitos de la acción pauliana, diciendo “para que la acción revocatoria logre tener éxito ante los Tribunales será preciso: a) la prueba de la insolvencia o del aumento de la insolvencia; b) que no existan bienes libres del deudor en cualquier situación, y c) que no tenga el acreedor medio legal de obtener la satisfacción de su crédito, dado el carácter subsidiario de la acción revocatoria”. Con ello el autor nos dice que en el momento de ejercitar la acción, tendrá que demostrar el cumplimiento de las pesquisas de la misma, lo que nos lleva a pensar que los requisitos deben subsistir hasta el mismo momento en que la acción pauliana es ejercitada; MORENO QUESADA B. (1981), “**Comentarios al Código Civil y compilaciones forales**”, AAVV dirigida por ALBALADEJO GARCÍA M., Tomo XVII, Volumen 2, Edersa, Madrid, págs. 207 y 208, para un listado de los requisitos de la acción pauliana; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 7 de septiembre 2012, núm. 510**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de octubre 1993, núm. 1008**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 16 de marzo 2001, núm. 163**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 19 de junio 2007, núm. 751**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 25 de noviembre 2005, núm. 949**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 10 de septiembre 2001, núm. 814**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 20 de febrero 2001, núm. 177**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de noviembre 1997, núm. 1065**, en este sentido;

<sup>423</sup> Vid. DE TORRES PEREA J.M. (2001), “**Presupuestos de la acción rescisoria**”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 233, “El artículo 1299 Cc establece que la acción para pedir la rescisión dura cuatro años. Dicho plazo es de caducidad.”; DIÉZ-PICAZO L/GULLÓN A (2001), “**Sistema de Derecho Civil**”,

jurisprudencia considera que será desde que conoce que se ha realizado el acto que le perjudica<sup>424</sup>, pudiendo surgir ciertas especialidades<sup>425</sup>. Otra postura considera que comenzará desde que inicia el estado de insolvencia del deudor<sup>426</sup>.

- Será elemento indispensable el perjuicio patrimonial objetivo<sup>427</sup>.

---

cit., pág. 114, en este sentido; PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA J.I. (2001), **“Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil español”**, cit., pág. 287, en la que dice que el artículo 1299 Cc establece un plazo legal de caducidad de 4 años.; DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), **“El negocio jurídico”**, cit., pág. 526, en este mismo sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 109, en este sentido, haciendo hincapié en que se trata de un plazo de caducidad, no de prescripción; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de diciembre 2013, núm. 754**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 27 de marzo 2007, núm. 395**, en este sentido.

<sup>424</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), **“El negocio jurídico”**, cit., pág. 526 cuando expone que *“Dado el silencio del Código y la analogía existentes entre la caducidad y la prescripción en este respecto, poría concluirse que, como ésta, el tiempo para aquellas acciones se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”*; DIÉZ-PICAZO L/GULLÓN A (2001), **“Sistema de Derecho Civil”**, cit., pág. 114, en este sentido; PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA J.I. (2001), **“Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil español”**, cit., pág. 288, en este mismo sentido; DE TORRES PEREA J.M. (2001), **“Presupuestos de la acción rescisoria”**, cit., pág. 239, en el mismo sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de diciembre 2013, núm. 754**, en la que dice que el plazo comienza desde que el acreedor tuvo posibilidad de ejercitarla, es decir, desde que conoce de la existencia del acto fraudulento; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 27 de marzo 2007, núm. 395**, en este sentido;

<sup>425</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), **“El negocio jurídico”**, cit., pág. 526, que recoge los supuestos en los que el plazo de caducidad de la acción comenzará en otra fecha diferente a la establecida doctrinalmente y pragmáticamente. Estos supuestos son: 1. Para la tutela de personas ausentes, en cuyo caso el plazo comienza desde el mismo momento en que cesa la incapacidad; 2. En caso de los herederos, será contado desde el día en que se efectúa la partición hereditaria; 3. El fuero catalán dispone que el plazo de caducidad de la acción rescisoria por lesión comienza desde la fecha en que se celebró el contrato.

<sup>426</sup> Vid. RODRÍGUEZ MORATA F.A., (1993), **“Donación de inmuebles por fraude de acreedores. Caducidad: cómputo del dies a quo, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1993”**, **Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil**, núm. 31, pág. 218, *“Si se acepta que el plazo debe empezar a computarse desde que el derecho de crédito del acreedor resulta insatisfecho, parece lógico pensar que aquel momento no puede ser otro que la fecha en que se establezca acreditada la carencia de bienes con que hacer efectivo su crédito al acreedor. Si, además, junto al consilium fraudis, constituye un presupuesto esencial para que nazca la acción rescisoria por fraude de acreedores que la enajenación [...] provoque un daño o perjuicio a estos últimos (eventus damni), consistente en que no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba (art. 1.1291.3ºCC), parece razonable pensar que sea este último momento decisivo para la fijación del dies a quo de la acción rescisoria.”*. DE TORRES PEREA J.M. (2001), **“Presupuestos de la acción rescisoria”**, cit., pág. 236, quien esboza que la postura de que el dies a quo sea la fecha en que se verifica la insolvencia, es compartida sólo por la doctrina minoritaria.

<sup>427</sup> Vid. LEÓN F. (2004), **“Acciones de reintegración”**, cit., pág. 1319, *“el Código Civil requiere como presupuesto subjetivo para el ejercicio de las acciones rescisorias que haya habido fraude. Las enajenaciones de bienes a título gratuito se presumen hechas en todo caso en fraude de acreedores (1297 I CC). Es irrelevante a estos efectos que se considere como una presunción que no admite prueba en contrario, o que, sencillamente, se entienda que la Ley no ha considerado trascendente el fraude en los actos a título gratuito como presupuesto para la impugnación”*; DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), **“El negocio jurídico”**, cit., pág. 523, *“Que junto con los extremos propios de cada supuesto de rescisión, se requiere para su ejercicio la existencia –y correspondiente*

- El consilium fraudis, o ánimo de actuar en fraude de acreedores<sup>428</sup>.
- Otro requisito a tener en cuenta en el ejercicio de la acción pauliana es que debe tratarse de un crédito vencido y exigible<sup>429</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia<sup>430</sup> considera que será precisa la preexistencia del crédito en el momento de la constitución del acto, no su exigibilidad. Personalmente nos posicionamos con la interpretación jurisprudencial del requisito, ya que resulta más coherente con la finalidad de la acción, que es evitar el fraude de acreedores.
- Igualmente se requiere para su ejercicio que el acreedor no posea otro medio para hacer efectivos sus intereses<sup>431</sup>. Según la jurisprudencia

---

*prueba- del perjuicio económico*"; DE TORRES PEREA J.M. (2001), "**Presupuestos de la acción rescisoria**", cit., págs. 179 a 181 y 306 a 340. En el primer grupo de páginas se encarga de la primera faceta del perjuicio patrimonial como carencia de bienes, es decir, la insolvencia del deudor. No da un concepto de insolvencia extraconcursal como referida a una única deudora que se corresponde con el derecho de crédito que pretende tutelarse por medio del ejercicio de la acción pauliana. En las páginas 306 a 315 explica el perjuicio como omisión, entendido como un acto por el cual el deudor rechaza la posibilidad de aumentar su patrimonio. Esta faceta del perjuicio no se tiene en consideración en la acción pauliana, ya que queda expresamente vinculada a la acción subrogatoria. En las páginas 318 a 332 expone el concepto de perjuicio por renuncia. Se refiere a la declaración de empobrecimiento del deudor, como puede ser la condonación de una deuda, o la renuncia a los intereses de un crédito. Al tratarse de un acto de disposición de mero empobrecimiento sin contraprestación, se asemeja a los actos gratuitos, no precisando la prueba de consilium fraudis. Por último, en las páginas 333 a 340 explica la cuarta faceta del perjuicio consistente en el pago de obligaciones no vencidas y no exigibles. Respecto a ellas entiende que se ha de asemejar a un acto de disposición gratuito, por lo que no precisa acreditar el consilium fraudis; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de octubre 1993, núm. 1008**, sobre el concepto amplio del perjuicio patrimonial desde el punto de vista de la acción pauliana civil; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 19 de noviembre 2007, núm. 1236**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo Sala I de 25 de noviembre 2005, núm. 949**, en este sentido;

<sup>428</sup> El concepto de consilium fraudis como elemento subjetivo de la acción pauliana, será explicado más adelante, en la delimitación de los requisitos de la acción pauliana ejercitada dentro del concurso.

<sup>429</sup> Vid. CRISTÓBAL MONTES A. (2003), "**Presupuestos y condiciones de la acción pauliana**", cit., págs. 298 a 303, en las que explica que será necesario para el ejercicio de la acción pauliana que la deuda sea líquida, exigible y vencida, lo que implica que ha de tratarse de una deuda económica, anterior y cuyo plazo de vencimiento haya finalizado. A lo largo de estas páginas el autor trata la inmensa problemática de los créditos cuya exigibilidad está sometida a condición (créditos condicionales), ya que resulta muy difícil determinar cuándo son exigibles.

<sup>430</sup> Vid. **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 19 de junio 2007, núm. 751**, "*la acción pauliana a créditos existentes, pero no exigibles al tiempo de la enajenación fraudulenta, o incluso a los de próxima y segura o muy probable existencia*"; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 5 de mayo 1997, núm. 390**, en este sentido cuando dice que la acción pauliana no exige que el crédito sea exigible en el momento en que se constituye el acto, sino que sólo basta con que exista con anterioridad a la fecha de celebración del acto; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 7 de septiembre 2012, núm. 510**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de noviembre 1997, núm. 1065**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de junio 1994, núm. 635**, en este sentido.

<sup>431</sup> Vid. CRISTÓBAL MONTES A. (2003), "**Presupuestos y condiciones de la acción pauliana**", cit., pág. 305, en la que explica a qué se refiere el legislador cuando exige que la acción pauliana debe ser la

mayoritaria<sup>432</sup>, la subsidiariedad debe entenderse desde un punto de vista amplio. No se exige la persecución de los bienes del deudor, ni

---

última ratio del acreedor para satisfacer sus intereses. Para ello dice que *“ya se ha visto que en relación a la acción revocatoria no hace falta que los acreedores hayan perseguido previamente los bienes del deudor, sino que la subsidiariedad hay que entenderla de la forma matizada que resulta del artículo 1291.3º del Código civil, que habla de que los acreedores no pueda de otro modo cobrar lo que se les deba.”*; DIÉZ-PICAZO L/GULLÓN A (2001), **“Sistema de Derecho Civil”**, cit., pág. 112, en la que explica lo que se entiende por subsidiariedad de la acción pauliana, en este sentido; PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA J.I. (2001), **“Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil español”**, cit., pág. 276, en la que explica que la restitución puede ser parcial, para el caso en que el acreedor haya podido hacer efectivo parte de su crédito por otros medios. De este efecto se puede deducir la obligación del deudor de procurar hacer efectivo su crédito por otros recursos que no sea la acción pauliana. En otras palabras, la acción pauliana es subsidiaria con respecto al resto de posibilidades del acreedor de poder exigir el pago de sus derechos.; ALBALADEJO GARCÍA M. (1989), **“De la naturaleza y efecto de las obligaciones”**, en **Comentarios al Código Civil**, AAVV dirigida por ALBALADEJO GARCÍA M./DIEZ ALABART S. , Tomo XV, vol. 1, Edit. Edersa, Madrid, pág. 953, en la que explica que el carácter de subsidiariedad no viene determinado por el artículo 1111 Cc, sino que viene recogido en el artículo 1921.3 Cc por lo que n se exige haber agotado la vía ejecutiva, ni siquiera haberla iniciado. Por el contrario, bastaría con la prueba suficiente de que el deudor carece de recursos para hacer frente al crédito.; CRISTÓBAL MONTES A. (2001), **“Efectos de la acción pauliana”**, cit., pág. 1457 en el mismo sentido; DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), **“El negocio jurídico”**, cit., pág. 523, en el mismo sentido, enumerándola como la segunda característica de la acción rescisoria; DE TORRES PEREA J.M. (2001), **“Presupuestos de la acción rescisoria”**, cit., págs. 166 a 177 y 249 a 274, a lo largo de las cuales explica que el requisito de la subsidiariedad como la ausencia de otros recursos legales, garantías o bienes y derechos, del deudor. Reconocido en el artículo 1291.3 Cc, junto con lo dispuesto en el artículo 1111 Cc, exigen que se hayan agotados las posibilidades del acreedor para poder satisfacer sus derechos crediticios. Expone la justificación de la subsidiariedad de la acción pauliana en la página 263, diciendo *“Debemos considerar lo justo de la medida, en tanto supone no molestar a un tercero sino como último remedio. De hecho, la configuración actual de la acción rescisoria, fundada en el perjuicio supone la objetivación de gran parte de las impugnaciones. Desde esta perspectiva, es más que aconsejable hacer depender de la ausencia de otros recursos legales el ejercicio de la acción rescisoria, dado que puede afectar a terceros”*. Precisa, en su páginas 265 y siguientes que, para poder ejercitar la acción rescisoria o pauliana, no será necesario acudir previamente a la vía ejecutiva, ya que esta acción posee una función conservativa del patrimonio del deudor. Así, la acción subrogatoria, íntimamente relacionada con la pauliana, sí exige la vía ejecutiva previa. Sin embargo, para la acción pauliana sólo se exige prueba de que el deudor carece de recursos legales para poder hacer efectivo el crédito, no precisando ni tan siquiera una Sentencia declarativa que pueda ser ejecutable, sino tan sólo la prueba de la ausencia de medios; RIMBLAS J. (1958), **“Codigo Civil. Interpretado y anotado, con arreglo a las modificaciones intrducidas por la ley de 24 de abril de 1958”**, Edit. Bosch, Edición II reelaborada y puesta al día por MAJADA A., Barcelona, pág. 669, en este mismo sentido, hablando de la subsidiariedad de la acción pauliana.

<sup>432</sup> Vid. **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 7 septiembre 2012, núm. 510**, en la que se considera la subsidiariedad de la acción pauliana desde su concepto amplio. Comienza precisando que el concepto subsidiariedad está indisolublemente relacionado con la insolvencia del deudor. Sin embargo precisa que la insolvencia no tiene que ser absoluta, sino que bastará con una insolvencia relativa del deudor, es decir, la insuficiencia patrimonial del deudor para hacer frente al crédito del ejecutante. El deudor no puede tener bienes suficientes para hacer efectivo el crédito perjudicado. Precisa que esta insolvencia tiene que ser sobrevenida, es decir, no puede ser posterior a la constitución del negocio jurídico. Al menos debe ser coetánea; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 6 de mayo 2008, núm. 278**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de octubre 1993, núm. 1008**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 22 de febrero 2006, núm. 159**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 21 de noviembre 2005, núm. 881**, en este sentido; **Sentencia del**

tampoco la insolvencia total del deudor, sino la insuficiencia de bienes del deudor para hacer efectivo su crédito.

- Ha de tratarse de un negocio jurídico válidamente celebrado<sup>433</sup>, ya que en caso contrario sería objeto de la acción de nulidad.
- Que medie un nexo de causalidad entre el acto revocado y el perjuicio causado al crédito del actor<sup>434</sup>. Es decir, que el acto objeto de la acción haya provocado perjuicio directo al crédito del actor.

El Código Civil no dispone un listado de actos que pueden ser impugnables, por lo que se entiende que todos los que cumplan estos requisitos serán objeto de esta

---

**Tribunal Supremo, Sala I de 20 de febrero 2001, núm. 177**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 25 de noviembre 2005, núm. 949**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de junio 1994, núm. 635**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 19 de noviembre 2007, núm. 1236**, en el mismo sentido, añadiendo que no es necesario que el acreedor, actor, persiga previamente los bienes del deudor. Bastará con la insuficiencia patrimonial; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 2 de junio 1994, núm. 519**, en este sentido, y también sobre la no necesidad de perseguir los bienes del deudor; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 10 de septiembre 2001, núm. 814**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 31 de octubre 1994, núm. 976**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de noviembre 1997, núm. 1065**, en la que se considera que la subsidiariedad consiste en la carencia de bienes libres de cargas; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 15 de septiembre 1997, núm. 768**, como jurisprudencia de contraste, en la que se considera que la subsidiariedad exige la persecución previa de los bienes del deudor.

<sup>433</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), **"El negocio jurídico"**, cit., pág. 520, en la que define el negocio rescindible como *"el negocio rescindible es: un negocio válidamente celebrado, pero que produciendo perjuicio a una de las partes o a un tercero (perjuicio que la ley estima parcialmente injusto, y para el que no hay otro recurso legal de obtener su reparación) podrá ser declarado ineficaz (o reducida su eficacia) a petición del perjudicado"*; DIÉZ-PICAZO L/GULLÓN A (2001), **"Sistema de Derecho Civil"**, cit., pág. 103, en este sentido, diciendo que la acción pauliana declara ineficaz el negocio jurídico válido por causar perjuicio a los acreedores; PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA J.I. (2001), **"Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil español"**, cit., págs. 255 y 261, en las que explica que la definición de la acción pauliana se basa en la necesidad de que el negocio revogado haya sido válidamente celebrado. El autor, por medio de este apunte, nos indica que la acción pauliana se diferencia del resto de acciones impugnatorias en que es requisito sine qua non la validez del negocio jurídico. Sólo será rescindible aquel acto que haya sido válidamente celebrado, ya que en caso contrario cabrá interponer la acción de anulabilidad, para el caso en que el defecto sea sanable, o la acción de nulidad, cuando el vicio sea insanable; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), **"Comentarios al Código Civil"**, cit., pág. 545, en este sentido

<sup>434</sup> Vid. **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 7 de septiembre 2012, núm. 510**, *"La idoneidad del acto o negocio causante de la lesión. Al respecto conviene tener en cuenta que sólo los actos jurídicos del deudor con trascendencia patrimonial que determinen una auténtica disminución patrimonial son susceptibles de producir el correspondiente perjuicio o lesión del crédito. En este sentido, la merma o disminución patrimonial puede operarse tanto en los propios bienes y derechos que forman la garantía patrimonial del deudor, caso de los negocios traslativos y los de renuncia, ya mediante la propia renuncia abdicativa, o bien, a través de figuras complejas como la renuncia "traslativa", y la llamada renuncia "bilateral", como en el valor de éstos, caso de los actos de disposición del deudor tendentes a la constitución de un gravamen o un derecho real limitado sobre un bien o derecho integrado en su garantía patrimonial."*

acción. Sin embargo, la doctrina<sup>435</sup> ha precisado una serie de actos que serán siempre objeto de la acción pauliana.

En lo que respecta a su **naturaleza jurídica**, es una acción de ineficacia relativa<sup>436</sup>, pues provoca la recomposición ficticia del patrimonio del deudor<sup>437</sup>. Sin embargo, dado su carácter fraudulento y perjudicial, se declara ineficaz, aunque sólo a efectos del actor.

Además de los requisitos civilmente exigidos, hemos de precisar que la legitimación activa<sup>438</sup> para interponer esta acción corresponde al acreedor

---

<sup>435</sup> Vid. CRISTÓBAL MONTES A. (2003), **“Presupuestos y condiciones de la acción pauliana”**, cit., pág. 314 a 332, quien entiende que serán actos impugnables los siguientes: **1.** Omisiones y renunciaciones patrimoniales. Evidentemente todo tipo de actos gratuitos son considerados como fraudulentos, ya que la merma voluntaria del patrimonio perjudica a los acreedores. Sin embargo, respecto a esta presunción, también se entiende en fraude de acreedores el no incremento del patrimonio del deudor, es decir la renuncia al incremento del propio patrimonio; **2.** Pagos fraudulentos entendidos como pagos realizados de forma anormal. La anormalidad del pago radica en que se trate de una deuda no vencida o no exigible, en la utilización de medios anormales para realizar el pago, el pago de deudas vencidas no exigidas, habiendo otras que sí han sido exigidas, y cualquier otra situación que salga de lo estrictamente normal. El acreedor tendrá que demostrar la anormalidad en el pago para poder así acreditar su carácter fraudulento.

<sup>436</sup> Vid. CRISTÓBAL MONTES A. (2001), **“Efectos de la acción pauliana”**, Revista crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 666, pág. 1445, *“La doctrina española es unánime al considerar que la acción revocatoria triunfante provoca la ineficacia relativa del acto dispositivo, y aunque no con la misma claridad, pero participando de la misma concepción, también la jurisprudencia”*. En las páginas siguientes diciendo que se basa en un negocio jurídico válidamente constituido que, dado su carácter fraudulento, perjudica a los intereses del acreedor que la ejercita; DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), **“El negocio jurídico”**, cit., pág. 518, en este mismo sentido.; PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA J.I. (2001), **“Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil español”**, cit., págs. 262 y 265 en este sentido; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), **“Comentarios al Código Civil”**, cit., pág. 546, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I Pleno de 18 de abril 2013, núm. 245**, en este sentido, diciendo que se trata de una acción de ineficacia relativa, ya que los actos serán ineficaces para el acreedor actor, pero no para el resto de personas, pues fueron válidamente constituidos; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 25 de enero 2000, núm. 28**, en este sentido;

<sup>437</sup> Vid. CRISTÓBAL MONTES A. (2011), **“Efectos de la acción pauliana”**, cit., pág. 1146, *“Este no vuelve a ser propietario del bien enajenado, sino que tiene lugar una suerte de recomposición ficticia por la que se figura como si dicho bien no hubiera llegado a salir del patrimonio del deudor y que se reintegra al mismo solo en relación al acreedor impugnante y en la medida del crédito defraudado”*; ALBALADEJO GARCÍA M. (1989), **“Comentarios al Código Civil y compilaciones forales”**, AAVV dirigido por ALBALADEJO GARCÍA M., Tomo XV, Volumen 1, Erdesa, Madrid, pág. 980, en el mismo sentido, diciendo que el efecto de la pauliana no es revocar el acto impugnado, sino que éste no cuente de cara al acreedor impugnante, por lo que la recomposición es ficticia; PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA J.I. (2001), **“Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil español”**, cit., pág. 267, en el mismo sentido.

<sup>438</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), **“El negocio jurídico”**, cit., pág. 525, *“Corresponde la facultad de ejercitar la acción de rescisión o, en su caso, la de indemnización, a la persona protegida e indebidamente perjudicada; es decir, a las personas que estaban sujetas a tutela o eran ausentes, los acreedores defraudados, los partícipes en la herencia lesionados, sus representantes legales y sus herederos.”*

perjudicado. Los legitimados pasivamente<sup>439</sup> serán tanto el deudor como la otra parte en el negocio jurídico objeto de rescisión.

No obstante, cuando la acción pauliana deba ejercitarse dentro de un procedimiento concursal, habrán de interpretarse a la luz de lo dispuesto en los artículos 71 a 73LC<sup>440</sup>, así como de los principios rectores del Derecho concursal.

Por ello, los **requisitos de la acción pauliana concursal** serán los siguientes:

- No es necesario que se ejercite la acción pauliana concursal como última ratio<sup>441</sup>, pues la propia declaración de concurso, implica que los acreedores no disponen de otro medio de hacer efectivos sus intereses.

---

<sup>439</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), **“El negocio jurídico”**, cit., pág. 526, *“En los casos de fraude habrán de ser demandados todos los que fueran partes del negocio fraudulento. Si las cosas objeto de la rescisión se hallaren no legalmente en poder de terceras personas o de quienes hubiesen adquirido de mala fe las cosas enajenadas, también dichas personas habrán de ser demandadas.”*

<sup>440</sup> Vid. LEÓN F. (2004), **“Acciones de reintegración”**, cit., pág. 1319, *“En el ejercicio de las acciones de impugnación generales en el marco del procedimiento concursal, se ha de observar –obviamente– lo dispuesto en el Código Civil; pero el legislador concursal no ha procedido a la integración sistemática (salvo en aspectos procesales) y de ahí la necesidad de realizar algunos ajustes para adaptar un régimen cuya finalidad es la tutela individual a otro cuya finalidad es la tutela colectiva. Así, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil, la acción tiene carácter subsidiario. Pero, declarado el concurso, no es preciso acreditar la insuficiencia patrimonial del deudor: este presupuesto se presume por la misma declaración del concurso de acreedores. También el Código Civil exige que el crédito del acreedor sea anterior al acto objeto de impugnación. Este requisito no juega, sin embargo, cuando la acción se ejerce una vez declarado el concurso, y ello por el principio de ejecución universal que es inherente al procedimiento concursal”*; SERRA RODRÍGUEZ (2008), **“La acción pauliana y las acciones rescisorias concursales”**, cit., págs. 402 a 406, quien establece una visión comparativa entre la acción rescisoria concursal y la acción pauliana, para concluir diciendo que la acción pauliana, dentro del proceso concursal, tendrá que adecuarse a lo dispuesto en la Ley Concursal, sobre todo en lo referente a los efectos (artículo 73LC), legitimación (artículo 72 LC), presunciones (artículo 71 LC) y presupuesto temporal de que el negocio jurídico se haya realizado en los 2 años anteriores a la declaración de concurso (artículo 71 LC); PARRA LUCÁN (2010), **“La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”**, cit., págs. 52 a 56, se pronuncia en el mismo sentido, considerando que no cabe la acción pauliana civil en el proceso concursal, sino que es necesario para su aplicación, dentro del concurso, que se adecúe al régimen de rescisión concursal descrito en los artículos 71 a 73 LC; ESCRIBANO GÁMIR R. (2007), **“El perjuicio en la acción rescisoria concursal”**, cit., pág. 13, en el mismo sentido, y remitiéndose al artículo 71.7 de la Ley Concursal para justificar esta adecuación; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 417, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I Pleno de 18 de abril 2013, núm. 245**, *“A esta interpretación nos conduce la disposición adicional primera de la Ley 22/2003, de 9 de julio Concursal, según la cual “ los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta ley poniéndolas en relación con las del concurso regulado por ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad ”.*

<sup>441</sup> Vid. SERRA RODRÍGUEZ (2008), **“La acción pauliana y las acciones rescisorias concursales”**, cit., pág. 405, quien declara que *“cuando la acción pauliana se ejercite en el seno del procedimiento concursal no tiene sentido exigir al legitimado activo que demuestre la imposibilidad de cobro de otra manera.”*; CRISTÓBAL MONTES A. (2003), **“Presupuestos y condiciones de la acción pauliana”**, cit., pág. 343, en la que dice que la acción pauliana presume que el deudor no tiene patrimonio

- Es necesaria la realización de transmisiones patrimoniales por el deudor tendentes a eliminar su patrimonio o derechos, es decir, a ocasionar un perjuicio patrimonial (*eventus damni*<sup>442</sup>). Por medio de este tipo de transmisiones, el deudor celebrará negocios jurídicos válidos, en los que enajenará sus bienes sin obtener la debida reciprocidad.
- Declarado el concurso, no será preciso el nexo causal. Esto se debe a que el perjuicio ya no se refiere al crédito del actor, sino a la masa pasiva en general.
- Que el negocio impugnado haya sido válidamente celebrado<sup>443</sup>.

---

suficiente para hacer frente al pago de los créditos, ya que corresponde al deudor probar que sí es solvente y por tanto que la acción es improcedente; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 16 de marzo 2001, núm. 263**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 19 de junio 2007, núm. 751**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 25 de noviembre 2005, núm. 949**, en el mismo sentido.

<sup>442</sup> Vid. BERROCAL LANZAROT (2010), **“La acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación”**, cit., págs. 204 y 205, quien lo define como aquella disminución del patrimonio del deudor que no se encuentra correspondida o contraprestada, siempre que altere el principio de la *par conditio creditorum*. Continúa diciendo que este perjuicio ha de comportar una lesión para la masa pasiva, o una disminución de la solvencia, o lo que es lo mismo *“una disminución de la posibilidad de percepción por los acreedores de todo o parte de sus respectivos créditos”*; DE CASTRO VÍTORES (2003), **“La acción pauliana”**, cit., pág. 454, lo considera como una disminución patrimonial o *“eventus damni”* que producirá un perjuicio a los intereses y derechos de los acreedores.; DE TORRES PEREA J.M. (2001), **“Presupuestos de la acción rescisoria”**, cit., págs. 185 a 212, quien da una noción amplia del perjuicio del deudor partiendo de la base de que es un concepto unido indisolublemente al fraude. Precisa que no es necesario que la insolvencia del deudor sea plena, sino que con la simple insolvencia relativa (insuficiencia de recursos para hacer efectivo el crédito) para el cumplimiento de este requisito. Ello se complementa con la no necesidad de emplear la ejecución de los bienes del deudor para la prosperidad de la acción pauliana. Incluso considera dentro de este concepto de perjuicio, a la insolvencia aparente, es decir, la mera ficción de insolvencia, en cuyo caso se invierte la carga de la prueba, debiendo el deudor probar que efectivamente no es insolvente.; CRISTÓBAL MONTES A. (2003), **“Presupuestos y condiciones de la acción pauliana”**, cit., pág. 330 a 344, en las que delimita el concepto de perjuicio patrimonial. Expone que será necesario que el acto patrimonial impugnado sea perjudicial para el acreedor que ejercita la acción (*eventus damni*). Considera que el *eventus damni* no se refiere al estado de insolvencia del deudor, sino a la mera dificultad de los acreedores para poder satisfacer sus derechos de crédito. Precisa que este perjuicio patrimonial tendrá que revestir cierta relevancia (tiene que truncar los intereses de los acreedores de forma palpable), ha de ser un perjuicio real y objetivo y por último no tiene que tratarse de un perjuicio presente, ya que el mero indicio de perjuicio futuro puede ser perjuicio patrimonial; ESCRIBANO GÁMIR R. (2007), **“El perjuicio en la acción rescisoria concursal”**, cit., pág. 12, en la que considera que la pauliana es una acción rescisoria que al igual que la rescisoria concursal, exige la materialización de un perjuicio patrimonial;

<sup>443</sup> Vid. **Sentencia del Tribunal Supremo Sala I de 29 de septiembre 2010, núm. 586**, *“como razones que justifican esta doctrina, que se trata de negocios válidamente celebrados, sin defecto alguno en su origen, que han de ser privados de eficacia de forma sobrevinida a consecuencia de la declaración de quiebra y la fijación de la fecha de retroacción, lo que aconseja evitar la sanción de nulidad automática e indiscriminada de todos ellos, y tan solo declarar ineficaces aquellos que se demuestre que han causado un perjuicio para la masa activa y para el trato igualitario a que tienen derecho los acreedores.”*; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de diciembre 2013, núm. 754**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 21 de noviembre**

- Será necesario acreditar un ánimo de defraudar o “consilium fraudis”<sup>444</sup>. No puede entenderse como la intención o ánimo de atentar contra los acreedores. La jurisprudencia<sup>445</sup> lo consiera como el conocimiento del perjuicio que puede provocarse a los acreedores por medio de la constitución del acto patrimonial (lo que ha denominado como “objetivación del consilium fraudis”<sup>446</sup>). Este requisito tiene que darse en

---

**2005, núm. 881**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 6 de mayo 2008, núm. 278**, en este sentido.

<sup>444</sup> Vid. ESCRIBANO GÁMIR R. (2007), “**El perjuicio en la acción rescisoria concursal**”, cit., pág. 12, “*Derechamente, contamos con una duplicidad de acciones rescisorias. Por un lado, la revocatoria, que ataca el fraude de acreedores, y que exige la concurrencia del elemento objetivo eventus damni y el subjetivo del consilium fraudis; por otro, la rescisoria por lesión, que reclama sola, emte la presencia del elemento objetivo del daño*”; DE CASTRO VÍTORES (2003), “**La acción pauliana**”, cit., pág. 457, quien precisa que el fraude como tal, no es necesario que sea acreditado como la intención dolosa del deudor y del contratante de actuar en perjuicio de acreedores, sino que sólo requiere la utilización de las presunciones del artículo 1297 Cc para demostrar que tanto el deudor como el contratante conocían de la situación de insolvencia del deudor; DE TORRES PEREA J.M. (2001), “**Presupuestos de la acción rescisoria**”, cit., págs. 402 a 420, en las que comenta el consilium fraudis reconocido en el artículo 1291.3 Cc. Respecto a este dice que va indisolublemente unido a la noción de perjuicio patrimonial, ya que se refiere a la realización de un acto de disposición patrimonial en conocimiento de que está perjudicando al resto de sus acreedores. Precisa que el consilium fraudis se manifiesta en la persona del deudor, no siendo preciso que el tercero con quien se contrata actúe de manera fraudulenta. Sí apunta que en caso en que el tercero también actúe mediando ese ánimo fraudulento, deberá acreditarse ya que tendrá cierta implicación sobre el efecto restitutorio de la acción. Por último, finaliza considerando que el fraude sólo será requisito de la acción pauliana ante los actos patrimoniales onerosos, ya que los actos gratuitos se presumen iuris et de iure fraudulentos, cuando el deudor los ha efectuado en una situación patrimonial precaria. Con ello el autor opina que el requisito de fraude se ha objetivado.

<sup>445</sup> Vid. **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 7 de septiembre 2012, núm. 510**, en este sentido. Resulta interesante este pronunciamiento, ya que estudia una evolución histórica del concepto “consilium fraudis”, para finalizar diciendo que actualmente la doctrina y la jurisprudencia se ha posicionado en un concepto amplio. En este sentido, considera que el elemento subjetivo no radica ya en la intención de perjudicar a los acreedores, sino que bastará con el mero conocimiento del perjuicio patrimonial que se provoca a los acreedores, aunque no fuere deseado; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 25 de enero 2000, núm. 28**, en este sentido sobre un concepto amplio del consilium fraudis; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 19 de noviembre 2007, núm. 1236**, en este sentido. Comienza apreciando la necesidad de que se acredite un elemento subjetivo. Comparte la concepción del consilium fraudis como el conocimiento del carácter perjudicial del acto patrimonial. Sin embargo no considera que se trate de una completa objetivación de un elemento subjetivo. Opina que se trata de una objetivación a medio camino, ya que resulta imposible objetivar plenamente algo subjetivo, aunque presumible; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 19 de junio 2007, núm. 751**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. XXVIII de 1 de marzo 2013, núm. 63**, en este sentido.

<sup>446</sup> Vid. **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 7 de septiembre 2012, núm. 510**, “*que ha llevado, no obstante no darse la exigencia de animus nocendi o de perjudicar a los acreedores, a proyectar el requisito subjetivo del consilium fraudis, bien entendido como actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de causarlo y así lo ha declarado esta Sala, llegando a alcanzar cotas de cuasi objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación*”; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de noviembre 1997, núm. 1065**, en este sentido, hablando también de la objetivación del consilium fraudis; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 19 de noviembre 2007, núm. 1236**, en este sentido;

ambas facetas<sup>447</sup>. A diferencia de la rescisoria concursal, se exige la presencia de este elemento subjetivo. Para ello, el Código Civil en su artículo 1297<sup>448</sup> establece una serie de presunciones, las cuales tendrán que ser examinadas a la luz de lo establecido en el artículo 71 LC<sup>449</sup>. La praxis jurisprudencial<sup>450</sup> ha añadido otras presunciones que, examinadas en su conjunto, presuponen el consilium fraudis en las partes contractuales, aunque siempre iuris tantum.

---

<sup>447</sup> Vid. **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 6 de mayo 2008, núm. 278**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. XXVIII de 1 de marzo 2013, núm. 63**, en este sentido.

<sup>448</sup> Vid. DE TORRES PEREA J.M. (2001), **“Presupuestos de la acción rescisoria”**, cit., págs. 433 a 441, en las que recoge las dos presunciones que establece el artículo 1297 Cc. La primera de ellas es la presunción iuris et de iure del carácter fraudulento de los actos de disposición a título gratuito. A este respecto apunta que efectivamente, en el caso de rescindirse una disposición patrimonial gratuita, no será necesario probar, ni tan siquiera hacer mención al carácter fraudulento de la misma. La segunda presunción es el carácter fraudulento de los actos patrimoniales onerosos efectuados por personas sobre las que recaiga, con anterioridad al acto de disposición oneroso, una sentencia condenatoria en cualquier instancia o mandamiento de embargo de bienes. Esta presunción es iuris tantum, ya que, el deudor tendrá que demostrar que efectivamente no actuó de manera fraudulenta (por ejemplo demostrando que la contraprestación recibida se corresponde con la disposición efectuada). Finaliza diciendo que esta presunción, por lo general sólo afectará al deudor, sin embargo, si se puede acreditar que el tercero adquirente tenía reales posibilidades de conocer la existencia de esta sentencia condenatoria o bien del mandamiento de embargo, se presumirá que realmente sabía de estas circunstancias, por lo que se entenderá que ha obrado de mala fe, con los efectos que tal consideración implica; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), **“Comentarios al Código Civil”**, cit., pág. 546, comentando las presunciones del artículo 1297 Cc; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 19 de noviembre 2007, núm. 1236**, en este sentido sobre las presunciones de consilium fraudis; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 10 de septiembre 2001, núm. 814**, sobre la presunción iuris et de iure de los actos patrimoniales gratuitos; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 5 de mayo 1997, núm. 390**, sobre la presunción, iuris et de iure, de fraude de los actos gratuitos; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de noviembre 1997, núm. 1065**, en este sentido.

<sup>449</sup> Vid. PARRA LUCÁN (2010), **“La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”**, cit., pág. 58, quien defiende que las presunciones establecidas en el artículo 1297 Cc, deberán ser interpretadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 LC, en sus apartados 1 y 2.

<sup>450</sup> Vid. **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 2 de junio 1994, núm. 519**, en la que se presume fraudulento el negocio jurídico entre familiares, siempre y cuando sea acompañado de cualquier anomalía (un precio bajo, una sucesiva transmisión del bien, etc); **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 31 de octubre 1994, núm. 976**, en este sentido, sobre esta presunción entre familiares; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de octubre 1993, núm. 1008**, en la que se presume el consilium fraudis cuando la parte adquirente procede a la reventa del bien inmediatamente a su adquisición; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 25 de noviembre 2005, núm. 949**, en la que se presume el elemento subjetivo en el deudor, para el caso en que haya procedido a la venta o gravamen del único bien que posee libre de cargas; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 20 de febrero 2001, núm. 177**, en la que se presume fraudulenta la venta de bienes cuando recaen varios mandamientos de embargo sobre el deudor; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de noviembre 1997, núm. 1065**, en la que se presume que el acto patrimonial oneroso, realizado de cualquier modo anormal, se puede presumir fraudulento; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de junio 1994, núm. 635**, en la que se presume que la compraventa a un precio desmesuradamente bajo puede presumirse como fraudulenta.

- Que el negocio jurídico impugnado haya sido realizado en los 2 años anteriores a la declaración de concurso. Será preciso que la acción pauliana se interponga dentro de los 4 años siguientes a contar desde que se conoció de la celebración del negocio jurídico<sup>451</sup>.

Así, la acción pauliana concursal queda como una acción restitutoria usual (no como última ratio) que precisa la acreditación de un perjuicio patrimonial y de un consilium fraudis. Su efecto inmediato es la restitución del bien a la masa activa, beneficiando a los acreedores en su conjunto, e incluso llegando a tener que indemnizar el perjuicio causado<sup>452</sup>. Para su ejercicio, el legitimado se servirá de las presunciones de fraude, establecidas en el artículo 1297 Cc, y de las presunciones de perjuicio patrimonial del artículo 71.1 y 2 LC.

En lo que respecta a los **aspectos procesales**, hemos de determinar que son sustanciales los cambios que sufre la acción al ejercitarse dentro del proceso concursal. Especialmente contra los acuerdos de refinanciación.

Respecto a la legitimación activa<sup>453</sup>, corresponderá exclusivamente a la Administración Concursal, por mandato legal del artículo 72.2 LC. Mientras que la legitimación pasiva se muestra inmutable<sup>454</sup>. Corresponderá igualmente al deudor y a la otra parte del negocio jurídico, e incluso al tercero subadquirente.

Asimismo ocurrirá con la competencia para conocer de esta acción, pues de enjuiciarse bajo los Juzgados de Primera Instancia, pasará a corresponderle al

---

<sup>451</sup> Vid. PARRA LUCÁN (2010), **“La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”**, cit., pág. 59, quien argumenta que para la prosperidad para el ejercicio de la acción pauliana, el legitimado dispone de un plazo de 4 años de caducidad, desde la fecha en que conoció de la celebración del negocio jurídico, siempre y cuando éste haya sido realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

<sup>452</sup> Vid. SERRA RODRÍGUEZ (2008), **“La acción pauliana y las acciones rescisorias concursales”**, cit., págs. 406 y 409, quien considera que la acción pauliana, ejercitada dentro del proceso concursal, beneficiará a todos los acreedores, pues devolverá el bien a la masa activa (efecto restitutorio), junto con la indemnización de los daños y perjuicios que de tal actuación se hubieren desprendido; PARRA LUCÁN (2010), **“La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”**, cit., pág. 57, establece que el efecto principal de la acción rescisoria es la revocación del acto impugnado, y por consiguiente la devolución del bien al patrimonio del deudor, situación que beneficiará a la colectividad de acreedores que conforman la masa pasiva, y no sólo al que la ejercita (como ocurre en la acción pauliana ordinaria o civil).

<sup>453</sup> Vid. **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I Pleno de 18 de abril 2013, núm. 245**, *“De ahí que la legitimación activa para su ejercicio no corresponda a los acreedores directamente afectados por el acto de disposición, sino a la sindicatura del concurso, como órgano que representa los intereses de la masa y los intereses colectivos de todos los acreedores que conforman la masa pasiva.”*

<sup>454</sup> Vid. DÍAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), **“Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general”**, cit., pág. 219, en este sentido; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES (2011), **“Los efectos de la acción rescisoria concursal”**, cit., pág. 1; PARRA LUCÁN (2010), **“La compatibilidad de la rescisoria con otras acciones de impugnación de actos y contratos”**, cit., pág. 55.

Juzgado de lo Mercantil<sup>455</sup>, por absorción de la competencia para las cuestiones conexas con el proceso concursal. Así lo dispone el artículo 9 LC.

Respecto a los efectos procesales, hemos de precisar que la acción pauliana concursal se llevará a cabo bajo el cauce del incidente concursal<sup>456</sup>, al tratarse de una acción impugnatoria concursal.

Los **efectos de la acción pauliana** sólo afectarán al acreedor que ejercita la acción. Siendo una acción civil, sólo el acreedor impugnante<sup>457</sup> será quien pueda satisfacer sus intereses por medio de la acción pauliana.

Sin embargo, como hemos dicho antes, se tendrá que adecuar a los requisitos y principios del derecho concursal<sup>458</sup>. Por ello, los efectos de la acción pauliana concursal, beneficiaran a todos los acreedores que integren la masa activa.

---

<sup>455</sup> Vid. LEÓN F. (2004), **“Acciones de reintegración”**, cit., pág. 1320, en este sentido, diciendo que la adecuación de la regulación de la norma civil, debiera interpretarse a la luz de lo dispuesto por la norma concursal. Concretamente hace alusión a que al tratarse de normas que inciden sobre el patrimonio del deudor, serán también competencia del Juez que conoce del concurso, en un régimen de absorción; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 417, en este sentido.

<sup>456</sup> Vid. LEÓN F. (2004), **“Acciones de reintegración”**, cit., pág. 1320, *“En el ejercicio de estas acciones se han de observar los requisitos establecidos para cada supuesto con carácter general. Los efectos que se derivan de la declaración judicial de nulidad, anulabilidad, etc., son también los previstos en el régimen propio de cada una de estas acciones. La competencia para tener conocimiento de, las mismas corresponde al juez del concurso por tratarse de acciones civiles con trascendencia patrimonial (art. 8), estas acciones se tramitan por el procedimiento incidental”*; DÍAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), **“Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general”**, cit., pág. 220, en este sentido, diciendo que es el único cauce procesal para poder llevar a cabo cualquier tipo de acción tendente a la conservación del patrimonio del deudor, ejercitada dentro del proceso concursal; BERROCAL LANZAROT (2010), **“La acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación”**, cit., pág. 238, quien establece expresamente que la acción pauliana se tramitará conforme la Ley concursal dispone, esto es, conforme el incidente concursal; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 417, en este sentido.

<sup>457</sup> Vid. CRISTOBAL MONTES A. (2001), **“Efectos de la acción pauliana”**, cit., pág. 1449, *“Dos conclusiones, pues. Una, que la revocación de los actos fraudulentos se admite limitadamente al interés del acreedor o de los acreedores perjudicados por el acto mismo. Y dos, que los acreedores no perjudicados, esto es, los acreedores posteriores, no tienen derecho a participar en las ventajas derivadas de la revocación obtenida”*; PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA J.I. (2001), **“Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil español”**, cit., pág. 267, en este sentido.; DIÉZ-PICAZO L/GULLÓN A (2001), **“Sistema de Derecho Civil”**, cit., pág. 114; DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), **“El negocio jurídico”**, cit., pág. 527 en el mismo sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I Pleno de 18 de abril 2013, núm. 245**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de noviembre 1997, núm. 1065**, en este sentido.

<sup>458</sup> Vid. SERRA RODRÍGUEZ (2008), **“La acción pauliana y las acciones rescisorias concursales”**, cit., págs. 402 a 406, quien establece una visión comparativa entre la acción rescisoria concursal y la acción pauliana, para concluir diciendo que la acción pauliana, dentro del proceso concursal, tendrá que adecuarse a lo dispuesto en la Ley Concursal, sobre todo en lo referente a los efectos (artículo 73LC), legitimación (artículo 72 LC), presunciones (artículo 71 LC) y presupuesto temporal de que el negocio jurídico se haya realizado en los 2 años anteriores a la declaración de concurso

Dicho esto, decimos que el principal efecto de la acción pauliana concursal es la restitución (ficticia) del patrimonio del deudor<sup>459</sup>, al igual que la acción rescisoria concursal.

Del mismo modo que la rescisoria concursal, surge un derecho de crédito<sup>460</sup> por parte del tercero adquirente, siempre que lo haya sido a título oneroso<sup>461</sup>. Éste crédito, dado que se ejercita dentro del concurso, será privilegiado.

---

(artículo 71 LC); LEÓN F. (2004), “**Acciones de reintegración**”, cit., págs. 1319 y 1320, en este sentido; PARRA LUCÁN (2010), “**La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos**”, cit., págs. 52 a 56, se pronuncia en el mismo sentido, considerando que no cabe la acción pauliana civil en el proceso concursal, sino que es necesario para su aplicación, dentro del concurso, que se adecúe al régimen de rescisión concursal descrito en los artículos 71 a 73 LC; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I Pleno de 18 de abril 2013, núm. 245**, “*el ejercicio de la acción pauliana deberá basarse en la defraudación de determinados derechos de crédito existentes al tiempo de la realización del acto impugnado, por lo que los efectos de la rescisión afectarán hasta el montante del perjuicio ocasionado a dichos derechos, pero lo obtenido se destinará a reintegrar la masa del concurso, para evitar una alteración de la par condicio creditorum.*”

<sup>459</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), “**El negocio jurídico**”, cit., pág. 527, en la que dice que “*La eficacia restitutoria se a podido considerar retroactiva, pero sólo en el sentido del llamado efecto retroactivo obligatorio. Ejercitada la acción rescisoria, nace la obligación de devolver las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses; es decir, la de tornar las cosas al estado anterior, en su aspecto económico. no se da, en cambio el efecto retroactivo llamado real.*”; CRISTÓBAL MONTES A. (2001), “**Efectos de la acción pauliana**”, cit., pág. 1444, “*La acción revocatoria es una acción rescisoria y por tanto se enfrenta, en principio, a un acto dispositivo válido realizado por el deudor, en cuanto, según dispone el artículo 1290 del Código Civil, los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley, y uno de esos casos es, precisamente, el de los contratos concluidos en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba [...]. Algún autor había sostenido que la acción revocatoria triunfante provocaba la reintegración del patrimonio del deudor en el estado en que se encontraba antes de que se hubiera realizado el acto fraudulento*”; PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA J.I. (2001), “**Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil español**”, cit., pág. 267, en el mismo sentido. Continúa en la página 272 diciendo que “*El tercero adquirente, cuya adquisición queda ineficaz, viene obligado [...] a devolver las cosas objeto del contrato, con sus accesorios y mejoras (art. 456), y a ponerlas a disposición del acreedor, en los que alcance su interés legítimo (art. 1297). Si no desampara los objetos pertinentes, añade, quedarán sometidos a ejecución y será responsable de daños y perjuicios*”; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de octubre 1993, núm. 1008**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 5 de mayo 1997, núm. 390**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 20 de febrero 2001, núm. 177**, en este sentido.

<sup>460</sup> Vid. CRISTÓBAL MONTES A. (2011), “**Efectos de la acción pauliana**”, cit., págs. 1444 y 1447, en las que menciona que la persona obligada a restituir el bien al patrimonio del deudor obtendrá un derecho de crédito por importe del bien restituido. Lo fundamenta en aras de evitar el enriquecimiento injusto de la masa pasiva del concurso. Sin embargo, continúa diciendo que esta hipótesis legal es inútil, ya que resultará extremadamente difícil que una disposición patrimonial onerosa, hacia un tercero de buena fe, tenga carácter fraudulento y provoque perjuicio a los acreedores.

<sup>461</sup> Vid. CRISTÓBAL MONTES A. (2011), “**Efectos de la acción pauliana**”, cit., págs. 1447 y 1448, en las que considera que no surgirá ningún derecho de crédito para las disposiciones patrimoniales a título gratuito, ya que el tercero con quien se hace el acto patrimonial no ha hecho desembolso económico alguno que deba ser reintegrado por la restitución patrimonial.

Así, el tercero de buena fe, que hubiere adquirido por título gratuito<sup>462</sup>, sólo tendrá un derecho de crédito por cuantía de los gastos que hubiere sufragado para la conservación del bien.

En el supuesto del tercero adquirente de mala fe<sup>463</sup>, tendrá la obligación<sup>464</sup> de restituir no sólo el valor del bien, sino también los frutos e intereses que hubiere percibido, además de una indemnización por los daños que hubiere sufrido el bien. Su crédito será subordinado puesto que la acción se ejercita dentro del concurso (si se ejercitare en un proceso civil de forma aislada, el tercero de mala fe pierde completamente su derecho a reembolso<sup>465</sup>)

---

<sup>462</sup> Vid. CRISTÓBAL MONTES A. (2011), **“Efectos de la acción pauliana”**, cit., pág. 1459, diciendo sobre el tercero adquirente de buena fe a título gratuito que *“Haría suyos los frutos percibidos, mientras no sea interrumpida legalmente la posesión. Tendrá derecho al reembolso de los gastos que hubiese hecho para la producción de los frutos pendientes al tiempo que cesare la buena fe. Gozará de derecho de retención que el artículo 453 del Código Civil otorga al poseedor de buena fe por los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa. Podrá llevarse los adornos con que hubiera embellecido la cosa principal si no sufriera deteriori. Y no responderá del deteriori o pérdida de la cosa, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo”*

<sup>463</sup> Vid. DE TORRES PEREA J.M. (2001), **“Presupuestos de la acción rescisoria”**, cit., págs. 420 a 445, en las que estudia la mala fe en el tercero adquirente. La considera como la ausencia de buena fe de quien contrata con el deudor. Expresamente considera que *“bastará con que quede probado o pueda presumirse que el adquirente, o en si caso eventual, suadquirente, era consciente de las consecuencias del acto en que intervino. Esto significa que basta con que el tercero sea consciente del estado patrimonial en que queda el deudor-transmitente para que pueda ser considerado fañito de buena fe. El tercero no merecerá protección si tiene conciencia de que como consecuencia de dicho acto los eventuales acreedores no encontrarán bienes suficientes en el patrimonio del deudor-transmitente”*. Finaliza diciendo que la prueba de la mala fe del tercero, ante los negocios onerosos, se basa en las presunciones jurisprudencialmente admitidas. Es decir, las presunciones de que el deudor conocía de la caótica situación patrimonial del deudor, o bien de la existencia de pronunciamiento en Sentencia condenatoria o de mandamientos de embargo. Para ello, las presunciones establecidas serán: **1.** La insolvencia pública y notoria del deudor; **2.** Parentesco o amistad entre vendedor y adquirente.

<sup>464</sup> Vid. CRISTÓBAL MONTES A. (2011), **“Efectos de la acción pauliana”**, cit., pág. 1458, *“Si el adquirente lo es de mala fe, no sólo deberá devolver el bien, sino además todos los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir. Respecto a los gastos, sólo tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa. En relación a los daños sufridos por la cosa, el adquirente de mala fe, en cuando poseedor de mala fe de la misma, responderá del deterioro o pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa a su poseedor legítimo”*; DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), **“El negocio jurídico”**, cit., pág. 527, en la que habla del efecto restitutorio de la acción pauliana, para los casos en los que fuere imposible la restitución, o bien cuando el tercero adquirente hubiere procedido de mala fe; DIÉZ-PICAZO L/GULLÓN A (2001), **“Sistema de Derecho Civil”**, cit., pág. 114, en este sentido; PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA J.I. (2001), **“Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil español”**, cit., págs. 278 a 283, en el mismo sentido, hablando del posible efecto restitutorio de la acción pauliana. Añade en la página 283 que, siguiendo la tónica anterior, todos los subadquirentes que hayan obrado de mala fe, serán responsables subsidiariamente de la indemnización que resulte de la imposibilidad de restituir el bien indebidamente transmitido.

<sup>465</sup> Vid. CRISTÓBAL MONTES A. (2011), **“Efectos de la acción pauliana”**, cit., pág. 1159, en el mismo sentido, diciendo que no se puede dejar un derecho de reembolso al adquirente de buena fe, debido a que esto supondría dejar indemne a quien ha actuado de buena fe.

En lo que respecta al tercero subadquirente de buena fe, se verá protegido de la obligación restitutoria<sup>466</sup>. Sin embargo, sí tendrá que restituirse el valor del bien. Por tanto, el tercero adquirente tendrá que reintegrar, al menos<sup>467</sup>, el valor del bien al momento en que se enajenó indebidamente<sup>468</sup>.

### 2.1.2.2 La acción de nulidad.

La **acción de nulidad** es aquella por la cual un negocio jurídico (en nuestro caso, acuerdo de refinanciación típico), que presenta unos vicios tasados en el artículo 1301 Cc, puede declararse judicialmente que nunca ha existido<sup>469</sup>. Se retrotraen los efectos que éste haya provocado, reparando el daño causado, hasta volver al estado anterior a su celebración.

Antes de nada, hemos de precisar dos conceptos diferentes:

- La nulidad absoluta: implica la remoción completa del negocio jurídico, ya que plantea un defecto de tal importancia que resulta imposible, subsanar el negocio jurídico. Según la jurisprudencia<sup>470</sup> supone el vicio

<sup>466</sup> Vid. PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA J.I. (2001), "**Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil español**", cit., pág. 276, "*si en el primer adquirente se dan las condiciones de ejercicio de la acción pauliana (es un adquirente de mala fe y a título oneroso o es un adquirente a título gratuito), pero éstas no están presentes en el subadquirente, por serlo de buena fe y a título oneroso, por más que dicha acción podría haber operado respecto al primero, no resultará operativa con relación al segundo, porque se ha roto el continuum que caracteriza su actuación progresiva.*"; CRISTÓBAL MONTES A. (2011), "**Efectos de la acción pauliana**", cit., pág. 1463, en este sentido.

<sup>467</sup> Utilizamos "al menos", dado que será lo mínimo a los que estará obligado el tercero adquirente. En el caso en que fuera de mala fe, estará obligado a ello, además de todo lo anteriormente concretado para el tercero adquirente de mala fe.

<sup>468</sup> Vid. CRISTÓBAL MONTES A. (2011), "**Efectos de la acción pauliana**", cit., págs. 1470 y 1471 en el mismo sentido, diciendo que el tercero adquirente tendrá que indemnizar por el valor del bien en el momento en que éste fue transmitido. Finaliza diciendo que "*La imposibilidad de realizar la devolución tiene que resultar declarada judicialmente.*"

<sup>469</sup> Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ (1998), "**La acción de nulidad de testamento**", Anuario de la Facultad de Derecho, núm. 16, pág. 349, quien define la acción de nulidad de forma genérica como la facultad o acción por la cual se remueve un negocio jurídico constituido, por no guardar los requisitos sine qua non para su validez. La considera como una acción declarativa de carácter negativo, en el sentido de que la declaración judicial implicará la remoción de una relación jurídica, eliminando todos los efectos que ésta hubiere provocado, puesto que se considera que nunca ha existido, debiendo retrotraerse sus efectos al momento previo a su constitución; DIÉZ-PICAZO L/GULLÓN A (2001), "**Sistema de Derecho Civil**", cit., pág. 104, en este sentido; DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), "**El negocio jurídico**", cit., pág. 471, en la que dice que la nulidad no precisa acción alguna ya que se trata de la ausencia de un negocio jurídico que, aparentemente ha sido constituido. Sin embargo, a efectos de poder declararse nulo, será precisa la actuación judicial que remueva dicho negocio del tráfico jurídico. Así surge el concepto doctrinal de acción de nulidad; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), "**Comentarios al Código Civil**", cit., págs. 544 y 614, en este sentido; RIMBLAS J. (1958), "**Código Civil. Interpretado y anotado, con arreglo a las modificaciones intrducidas por la ley de 24 de abril de 1958**", cit., pág. 779, en este sentido.

<sup>470</sup> Vid. **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de diciembre 2013, núm. 754**, "*pues desde el punto de vista dogmático, la nulidad aparece referida a los negocios jurídicos que padecen una*

estructural insalvable en el negocio jurídico que determina su ineficacia desde el momento de su celebración. Es a la que nos referiremos en todo momento.

- La nulidad parcial<sup>471</sup>: también conocida como anulabilidad, no conlleva la remoción del negocio jurídico. Por el contrario, implica la subsanación del defecto de que adolezca el negocio, siempre que sea posible, según lo dispuesto en el Código Civil.

Principalmente regulada en los artículos 1305 y 1306 Cc, la doctrina<sup>472</sup> la define como una acción que, de ejercitarse, podría dar lugar a la nulidad de un acuerdo de

---

*ineficacia estructural derivada de una irregularidad en la formación del contrato, que se produce ' ipso iure '"; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de marzo 1983, en este sentido; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 6 de mayo 2008, núm. 278, en este sentido; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de marzo 2000, núm. 241, en este sentido; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de julio 2001, núm. 738, en este sentido, apuntando que esto supone la diferencia entre la pauliana y la de nulidad. Así la pauliana parte de la validez del negocio jurídico, mientras que la nulidad proviene del vicio estructural insalvable del contrato.*

<sup>471</sup> La **nulidad parcial** es la manifestación del principio de conservación de los contratos y negocios jurídicos. En la mayor parte de las situaciones, supone la presencia de una cláusula contractual nula, por lo que el legislador procede a remover o a sustituir dicho pacto por otro nuevo que realmente se ajuste a la legislación y a la voluntad de las partes, sin que conlleve a la eliminación de la relación jurídica. Para ello será necesario que las partes declaren su voluntad de querer continuar la relación jurídica, ya que si se estima que dicha cláusula es necesaria para prestar el consentimiento, todo el negocio jurídico será declarado ABSOLUTAMENTE NULO. La acción de anulabilidad se tendrá que ejercitar en el plazo de 4 años posteriores a la constitución del negocio jurídico. Las causas de nulidad son las siguientes: **1.** Por mandato de Ley expresamente; **2.** Nulidad parcial condormna a la interpretación del negocio; **3.** La nulidad parcial para evitar el fraude de Ley. Información obtenida de la lectura y resumen de las siguientes obras y a cuyo contenido me remito para una lectura más profunda: DIÉZ-PICAZO L/GULLÓN A (2001), "**Sistema de Derecho Civil**", cit., págs. 109 a 112; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), "**Comentarios al Código Civil**", cit., págs. 608, 626 y 629 a 642; RIMBLAS J. (1958), "**Código Civil. Interpretado y anotado, con arreglo a las modificaciones intrducidas por la ley de 24 de abril de 1958**", cit., págs. 779 a 781; DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), "**El negocio jurídico**", cit., págs. 491 a 494; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de marzo 2000, núm. 241**, para una defición de la anulabilidad; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de junio 2008, núm. 563**, en el mismo sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de noviembre 2000, núm. 1029**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 23 de noviembre 1993, núm. 1121**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de abril 2011, núm. 278**, sobre el plazo de caducidad de la acción de nulidad relativa o anulabilidad; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de marzo 1983**, la cual recomendamos encarecidamente al proceder a la diferenciación entre la nulidad absoluta y relativa, definiendo ambas de una manera comparada;

<sup>472</sup> Vid. BERROCAL LANZAROT (2010), "**La acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación**", cit., pág. 249, quien define la acción de nulidad por simulación de negocio jurídico. Parte de la diferenciación entre simulación absoluta (cuando las partes realmente no desean celebrar un negocio jurídico) y simulación relativa (cuando las partes quieren celebrar un negocio jurídico diferente al constituido). En este caso, la autora dispone que la acción de nulidad, propiamente dicha, implica que el negocio jurídico no se ha celebrado por la falta de alguno de sus elementos esenciales, como es el caso de, la simulación absoluta en la que la ausencia del elemento volitivo o causal, implica que el negocio jurídico no ha llegado a surgir. Por tanto, no es apto para poder producir los efectos que le son propios, y por consiguiente ha de ser removido del tráfico jurídico. De hecho, en la pág. 250, dispone que en los casos de ilicitud de causa o inexistencia de causa en el negocio jurídico, la acción no pretende la rescisión, sino la declaración de nulidad absoluta, que

refinanciación o negocio jurídico cualquiera. Supone la eliminación de los efectos que ha producido el acuerdo de refinanciación o negocio jurídico y retrotrae esta declaración al momento en que surge el acuerdo de refinanciación nulo. Esto viene descrito en el aforismo latino *“quod nullum est nullum producit effectum”*<sup>473</sup>.

La acción de nulidad se caracteriza por lo siguiente:

- Es definitiva<sup>474</sup>, es decir, a diferencia de otro tipo de acciones, si un acuerdo de refinanciación es declarado nulo y la resolución en cuestión tiene efectos de cosa juzgada<sup>475</sup>, este acuerdo de refinanciación no podrá

---

supone la inexistencia del negocio jurídico celebrado; DIÉZ-PICAZO L/GULLÓN A (2001), **“Sistema de Derecho Civil”**, cit., pág. 102, en este sentido, considerando la nulidad como inexistencia del negocio jurídico. Añade que es la máxima sanción contra un negocio jurídico; PARRA LUCÁN (2010), **“La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”**, cit., pág. 62, se pronuncia en el mismo sentido, diciendo que la acción de nulidad es una acción declarativa por la cual el negocio jurídico nulo, por cualquiera de las causas establecidas legalmente, nunca ha surgido, por lo que tampoco es susceptible de producir efecto alguno en el tráfico jurídico.; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), **“Comentarios al Código Civil”**, cit., pág. 608, en este sentido, definiendo la nulidad absoluta; DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), **“El negocio jurídico”**, cit., pág. 481, en la que considera que se trata de una acción declarativa de carácter negativo, por medio de la cual, se pretende que un Juez declare la invalidez de un negocio jurídico.; DELGADO/PARRA (2003), **“Las nulidades de los contratos Parte 1, Ineficacia, Invalidez y sus modalidades”**, Manual de las nulidades manual online <http://www.codigo-civil.org/nulidad/manual/nulidad1.htm>, Zaragoza, consultado en noviembre de 2012; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 6 de mayo 2008, núm. 278**, en este sentido, diciendo que lo que no ha surgido, tampoco ha sido capaz de producir efecto alguno.

<sup>473</sup> Vid. CASANUEVA SÁNCHEZ (1998), **“La acción de nulidad de testamento”**, cit., pág. 352, en el mismo sentido, expone que el negocio jurídico nulo, lo es desde un principio, y que por consiguiente nunca ha producido efectos, diciendo *“Le es de aplicación, con las peculiaridades de su especial naturaleza, éste régimen de ineficacia absoluta, esto es, carencia total de efectos según la regla quod nullum est, nullum producit effectum.”*; OSSORIO MORALES/OSSORIO SERRANO (2006), **“Ineficacia de los contratos”**, Curso de Derecho Civil II: derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 270, tratan la nulidad radical o de pleno derecho, diciendo que *“la inexistencia o nulidad radical se asemejan, y suelen contraponerse, bajo la denominación genérica de nulidad. Se caracterizan los contratos absolutamente nulos por [...]no poder producir tampoco ningún efecto, de suerte, que una vez declarada su nulidad, han de borrarse retroactivamente todos los efectos jurídicos que hayan originado, estableciendo las cosas al estado que tenían antes de su celebración. Quod nullum est, nullum producit effectum*; DIÉZ-PICAZO L/GULLÓN A (2001), **“Sistema de Derecho Civil”**, cit., pág. 104, en este sentido, citando el mismo aforismo latino al finalizar la definición; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de marzo 2000, núm. 241**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de marzo 1983**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de julio 2006, núm. 762**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 18 de marzo 2009, núm. 173**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de abril 2011, núm. 278**, en el mismo sentido.

<sup>474</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), **“El negocio jurídico”**, cit., pág. 478, *“La fórmula de nuestros antiguos juristas, quod nullum fuit ab initio non convalescir tractu temporis nec ratificatur sigue vigente; habiéndose podido afirmar que la nulidad, según su concepto mismo es definitiva e insanable. [...] Es decir, el negocio jurídico no puede sanarse mediante la confirmación o el paso del tiempo”*

<sup>475</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), **“El negocio jurídico”**, cit., pág. 482, *“El buen éxito de la acción de nulidad, lleva consigo proclamar con la firmeza de la cosa juzgada (art. 1.251 árrafo 2) una realidad jurídica ya existente, sin cambiarla ni añadirle nada. Mas la supresión de la apariencia de*

ser objeto de posterior acción, porque desde ese momento el acuerdo se considera como no surgido.

- Los acuerdos de refinanciación objetos de acción de nulidad serán insubsanables<sup>476</sup>. Esto puede ser sintetizado por medio del aforismo latino “*quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*”.
- Es imprescriptible<sup>477</sup>, no existe un plazo de prescripción, ya que según el aforismo latino “*quod nullum est, nullum producir effectum*” el negocio

---

*validez que antes existiera, llevará consigo la natural pretensión de borrar todas las consecuencias de los que se ha declarado nulo*”; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), “**Comentarios al Código Civil**”, cit., pág. 610, en la que dice que el negocio nulo no puede ser convalidado por el paso del tiempo, ni tampoco por ninguna otra vía.

<sup>476</sup> Vid. OSSORIO MOLARES/OSSORIO SERRANO (2006), pág. 270, quienes siguiendo con las características de la nulidad contractual recogen que “*Se caracterizan los contratos absolutamente nulos por no ser susceptibles de convalidación, ya que lo inicialmente nulo no puede sanarse después, ni por voluntad de los contratantes mediante ratificación ni por el transcurso del tiempo*”; DIÉZ-PICAZO L/GULLÓN A (2001), “**Sistema de Derecho Civil**”, cit., pág. 104, en este sentido; DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), “**El negocio jurídico**”, cit., pág. 480, quien utiliza el mismo aforismo latino para hacer alusión a la insanabilidad del negocio, así como a la no imprescriptibilidad de la acción de nulidad; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), “**Comentarios al Código Civil**”, cit., pág. 610, en la que dice que el negocio nulo no puede ser convalidado por el paso del tiempo, ni tampoco por ninguna otra vía; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 6 de mayo 2008, núm. 278**, en este sentido, diciendo que la nulidad absoluta se basa en un vicio insanable; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de marzo 200, núm. 241**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de marzo 1983**, en el mismo sentido, añadiendo que ni tan siquiera la inscripción registral puede convalidar el acto absolutamente nulo; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de junio 645**, en este sentido.

<sup>477</sup> Vid. MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), “**Comentarios al Código Civil**”, cit., pág. 610, “*nulla actio, nulla soluti conditio, por lo que no permite desarrollo gradual en vía solutoria, no de convalidación confirmatoria porque es fatalmente insanable ni opera tampoco la prescripción extintiva ordinaria frente a acciones declarativas de negocios inexistentes, acciones que son susceptibles de ejercitarse in perpetuo por su especial característica*”. Precisa en la página 633 que, aunque la acción sea imprescriptible, los efectos de la misma sí que pueden prescribir.; DIÉZ-PICAZO L/GULLÓN A (2001), “**Sistema de Derecho Civil**”, cit., pág. 107, en este sentido, sumándose a la consideración de que los efectos de la acción pauliana sí pueden prescribir; MACHADO MARTÍN F. J. (1995), “**Acción de nulidad y límites de la revisión de oficio de los actos nulos**”, La Ley, revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 3, pág. 884, en la que dice que respecto a la acción de nulidad, diciendo que es imprescriptible, lo que resulta más beneficioso para el interesado que la ejercita. Sin embargo exige un estudio detallado de esta imprescriptibilidad, ya que puede suponer un atentado contra el principio de seguridad jurídica; PARRA LUCÁN (2010), “**La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos**”, cit., pág. 63, quien aclara que aunque la doctrina se haya mostrado vacilante, la jurisprudencia es reiterada cuando se pronuncia sobre el carácter imprescriptible de la acción de nulidad, puesto que el negocio jurídico no ha surgido, y por consiguiente no es susceptible de convalidación por el plazo del tiempo, luego tampoco podrá prescribir la acción de nulidad. Sin embargo, prosigue la autora, ello no obsta para que en aras de su ejercicio dentro del proceso concursal, se vea afectada por el contenido del artículo 71 LC, por lo que sí será necesario que el negocio jurídico nulo se haya celebrado durante los dos años anteriores a la declaración de concurso; DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), “**El negocio jurídico**”, cit., pág. 480, en este mismo sentido, diciendo que la acción de nulidad ni caduca ni prescribe.; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 6 de mayo 2008, núm. 278**, en este sentido; **Sentencia**

nulo, no ha surgido nunca. Por consiguiente, el declarar que algo no ha existido nunca, no puede estar sometido a plazo de prescripción.

- Estarán legitimadas para instar la nulidad contractual las partes contractuales, cualquier interesado<sup>478</sup>, e incluso el propio Juez de oficio<sup>479</sup>.
- Para la declaración de nulidad, será precisa alguna de las siguientes casusas:
  - Que el negocio jurídico transgreda los límites de la autonomía de la voluntad (Ley, Orden Público y moral)<sup>480</sup>.

---

del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de marzo 1983, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de abril 2011, núm. 278**, en este sentido.

<sup>478</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), “**El negocio jurídico**”, cit., pág.482; “*puede ser ejercitada por cualquiera que tenga un interés legítimo en ello. Además de los directamente afectados, se entiende que lo tienen los obligados subsidiariamente [...]. Desaparecerá cuando el derecho, facultad, obligación o carga que justifique el interés del demandante se haya extinguido por prescripción o unos u otras tengan otro titular legítimo.*”; DIÉZ-PICAZO L/GULLÓN A (2001), “**Sistema de Derecho Civil**”, cit., pág. 105, en este sentido; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), “**Comentarios al Código Civil**”, cit., pág. 625, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de julio 2001, núm. 738**, “*pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos a la que se refiere el art. 1302 del CC además de los en él contemplados, los obligados en virtud del mismo, por los terceros a los que perjudique o puedan ver sus derechos burlados o menoscabados por la relación contractual, pero no por los extraños a tal situación*”; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 18 de marzo 2009, núm. 173**, en este sentido.

<sup>479</sup> Vid. MARCOS GONZÁLEZ M. (2010), “**Aspectos procesales de la nulidad contractual**”, **Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia**, núm. 1, en la que estudia las tesis bipartita y procesalista sobre la acción de nulidad. Concretamente dice que las partes contractuales son las principales legitimadas para instar la acción de nulidad de un contrato, sin embargo, al tratarse de la nulidad de un negocio jurídico, afectará al interés público, por lo que también podrá ser instada por un Juez de oficio. Para ello se sitúa en el supuesto en que se pone en tela de juicio una cuestión relativa a un contrato, pero el Juez percibe que este negocio es nulo, pudiendo instar la nulidad del mismo de oficio. Al radicar igualmente sobre el interés público, afectará al principio de seguridad de los negocios jurídicos, lo que puede suponer la legitimación de cualquier interesado en el mismo; DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), “**El negocio jurídico**”, cit., pág. 476, en la que dice que la acción de nulidad es automática, y que de hecho puede ser declarada de oficio. El autor lo basa en que una realidad jurídica tan grave, tiene que ser declarada, ya que afecta no sólo a las partes contractuales, sino a todo el tráfico jurídico. Por ello mismo el Juez puede declarar la nulidad de un negocio jurídico de oficio; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), “**Comentarios al Código Civil**”, cit., pág. 616, en este sentido; DIÉZ-PICAZO L/GULLÓN A (2001), “**Sistema de Derecho Civil**”, cit., pág. 104, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de marzo 2000, núm. 241**, en este sentido, reconociendo la posibilidad de que el Juez pueda declarar la nulidad de un negocio, de oficio. Las partes no tienen que pedir la nulidad del negocio. Basta que el Juez conozca del negocio jurídico a raíz de un procedimiento para que proceda a la declaración de nulidad de oficio, aunque no esté incluida en las pretensiones de las partes; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 18 de marzo 2009, núm. 173**, en este sentido.

<sup>480</sup> Vid. DIÉZ-PICAZO L/GULLÓN A (2001), “**Sistema de Derecho Civil**”, cit., pág. 104, en la que dice que será causa de nulidad haber “*traspasado los límites que señala el ordenamiento para el juego de la autonomía de la voluntad: la ley, la moral y el orden público (art. 1255). No obstante, tratándose de la infracción de ley imperativa, hay que tener en cuenta una dirección*

- Que el contrato tenga una causa ilícita.
- Que falte alguno de los requisitos esenciales para la celebración de un negocio jurídico, establecidos en el artículo 1261 del Código Civil:
  - Cuando el consentimiento de las partes esté viciado<sup>481</sup>. Esto ocurre cuando se ha obtenido con violencia o

---

*jurisprudencial que da al órgano judicial facultades, en el supuesto de que la Ley infringida no sancione el acto contra ella con nulidad expresa, para la apreciación de la misma”.*

<sup>481</sup> El consentimiento contractual es uno de los requisitos fundamentales para la constitución de un contrato. Por ello el **vicio en el consentimiento** supone una causa de nulidad. El consentimiento se entiende viciado cuando sea prestado (art. 1265 Cc) por menores no emancipados o por incapaces. Los menores de edad no emancipados son aquellas personas menores de 18 años, salvo quienes hubieren obtenido emancipación judicial o por consentimiento expreso de quienes ejercieren la patria potestad habiendo cumplido ya los 16 años, o quienes obtienen la emancipación judicial a los efectos de contraer matrimonio una vez cumplidos los 14 años. Para poder realizar este tipo de negocios, será preciso que el consentimiento sea prestado por el menor emancipado y por sus padres, por el curador, o por su cónyuge, si éste fuese mayor de edad. Los incapacitados son aquellos que no puede ejercer libre disposición de sus derechos civiles y políticos, dada la deficiencia física o psíquica permanente de que adolecen, siempre y cuando no puedan gobernarse por sí mismos. Es una institución pura de los mayores de edad, aunque también puede manifestarse en los menores de edad, debiendo probarse posteriormente que las causas de incapacidad que la motivaron todavía subsisten. Es necesario que recaiga una sentencia judicial firme de incapacitación, ya que no cabe la incapacitación de hecho. Respecto al error a la hora de prestar el consentimiento, hemos de especificar que ha de tratarse de un error de cierta importancia. No invalida el contrato el mero error sobre alguna de sus cláusulas o sobre su interpretación, ya que éste sólo lo corrige. Tendrá que ser un error sobre el objeto del contrato, o sobre su contenido o sobre alguna de las partes, siempre y cuando este error sea el motivo principal por el que se prestó el consentimiento. En lo que refiere a la obtención del consentimiento por violencia consiste en el empleo de una fuerza suficiente con la finalidad de obtener un consentimiento que de otra forma no se habría prestado. Es decir, ha de tratarse de una fuerza imposible de resistir, es decir no se trata de una violencia que pueda ser objetivamente evitada, sino que el legislador exige una violencia cualificada, ya que trata de una causa de nulidad contractual. La intimidación en el consentimiento implica la obtención del consentimiento por medio del temor a sufrir un mal inminente y objetivo sobre la persona, o sus bienes, de la parte contratante, su cónyuge, sus descendientes o sus ascendientes. Se diferencia de la violencia en que no se trata de una fuerza ejercida, sino de una mera amenaza a sufrir un mal. Este temor tiene que ser fundado, real y objetivo. Tiene que tratarse de una auténtica creencia de que en caso de no prestar el consentimiento, el mal con el que se intimida se manifestará. Tanto en la violencia como en la intimidación será preciso que la mediación de éstas sea la causa principal que fundó a la parte contractual a prestar su consentimiento. Se entiende por dolo cuando el consentimiento es obtenido por medio de actuaciones, bien de obra bien verbales, insidiosas por uno de los contratantes. Respecto a las actuaciones insidiosas suponen todo tipo de actividades (lícitas o ilícitas) encaminadas a forzar el consentimiento de una de las partes. Será necesario que éste dolo se determine en una de las partes contratantes y no en las dos, ya que de lo contrario no será declarado nulo el negocio jurídico. Por último debemos precisar que el dolo debe manifestarse con la finalidad de obtener el consentimiento de la otra parte, de forma que éste no se hubiere prestado sin presencia de este dolo. No podrá tratarse de un dolo incidental, ya que de lo contrario no será declarado nulo, sino que la parte que se ha valido de este dolo quedará obligada a indemnización por los daños y perjuicios causados. Información obtenida del resumen de las siguientes obras, y cuya lectura recomendamos para una mayor profundización: ALBALADEJO GARCÍA M (1958), “**El negocio jurídico**”, Edit. Studia Albornotiana, Barcelona, págs. 79 a 187; DÍEZ PICAZO L/GULLÓN A. (2001), “**Sistema de Derecho**

intimidación o error, o cuando algunas de las partes sea incapaz para disponer libremente de sus derechos. Sólo serán causas de nulidad absoluta cuando sea imposible la subsanación de tales vicios.

- El vicio en el objeto del contrato<sup>482</sup>. Supone que el objeto del contrato sea imposible, indeterminable, o quede fuera del comercio legal de los hombres.

---

**Civil**", cit., págs. 39 a 40 y 43 a 60 para un estudio más profundo de los defectos del consentimiento; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), "**Comentarios al Código Civil**", cit., págs. 622 y 636; BOSCH CAPDEVILA E. (2009), "**Estado de necesidad y consentimiento contractual: ¿Una reinterpretación de los conceptos de violencia e intimidación como vicios del consentimiento a la luz del derecho contractual europeo y comparado**", Revista Crítica del Derecho Inmobiliario, núm. 711 del Año 85 págs. 57 a 96; MAS BADÍA M.D. (2011), "**Sentencia de 10 de junio de 2010: Error sustancial y excusable en el consentimiento**", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 85, págs. 491 a 527; LUNA SERRANO A. (1981), "**Los vicios del consentimiento contractual**", Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo, AAVV con la colaboración de POLO A., Edit. EDERSA, Madrid, págs. 449 a 474; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de noviembre 2000, núm. 1029**, como ejemplo de vicio en el consentimiento, cuando se firma un documento en blanco, siempre y cuando la actora alegue que lo establecido en el mismo es contrario a la voluntad de las partes; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 31 de marzo 1997, núm. 275**, como ejemplo de vicio en el consentimiento cuando una de las partes contractuales no ha firmado. Es el caso de la compraventa efectuada por uno de los copropietarios sin contar con la firma del otro copropietario. En este caso se declara la nulidad del negocio jurídico, siempre y cuando la parte que falta no preste su consentimiento a posteriori; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de abril 2011, núm. 278**, en este sentido, y con el mismo ejemplo de nulidad por falta de la firma de un copropietario.

<sup>482</sup> El **objeto contractual** es lo que se obtiene por la celebración del contrato. No puede definirse como un objeto tangible o como una actuación determinada, sino que constituye todas las prestaciones y contraprestaciones que se derivan de un contrato. Para que sea declarado nulo el objeto tendrá que estar viciado. Será nulo el contrato cuyo objeto esté fuera del comercio de los hombres. Con esto, el legislador se refiere a todas aquellas cosas que sean contrarios a las Leyes o buenas costumbres (armas, objetos robados, etc) o suponga una prestación que, aún no siendo delictiva, esté prohibida por la legislación (contrato sobre prostitución, contrato para delinquir, etc), o cualquier tipo de cosas que, aún siendo legales, y no estando prohibidas por la legislación, consisten en cosas o actuaciones que no quedan fuera de la libre disposición de las personas (contrato sobre renuncia de una herencia futura, contrato sobre venta de personas, contrato sobre compraventa de objeto pertenecientes al patrimonio histórico y cultural). También estará viciado el objeto cuando se trate de cosas o servicios imposibles. Los objetos imposibles lo serán al menos para ambas partes contractuales, es decir, cuando les sea imposible la disposición sobre tales objetos bien porque su existencia es imposible, bien porque no pertenecen a su propiedad. Respecto a los servicios imposibles serán todos aquellos que no puedan ser desarrollados por la parte que se comprometa a ello. No se refiere sólo a aquellos que no puedan ser desarrollados por nadie, sino también habrá que estar atentos a la capacidad, para realizar la prestación, de las partes contractuales en el momento en que se perfeccionó el contrato (nadie puede contratar que vaya a volar, un minusválido no puede comprometerse a correr). Por último el objeto estará viciado cuando no esté determinado ni diferenciado de los de su especie, aunque la indeterminación de la cantidad no obsta para la eficacia del contrato, siempre que sea posteriormente determinable sin necesidad de nuevo convenio entre la partes. Se refiere a que ha de tratarse de un objeto específico, cuya determinación suponga la diferenciación del objeto respecto del resto que se asemejan a él, sin que dé lugar a duda alguna. Igualmente se considera dentro de este vicio en el objeto contractual, cuando no haya un objeto contractual. Información

- El defecto en la causa<sup>483</sup> se entiende cuando ésta es ilícita, bien sea delictiva o no, o cuando esta sea falsa (siempre y cuando las partes no demuestren que la causa del contrato era otra verdadera y lícita)

La acción de nulidad, tal y como veíamos en la acción pauliana, **se tendrá que acomodar a las directrices establecidas en la legislación concursal**, en concreto, en los artículos 71 a 73 LC, ya que ésta será ejercitada en el seno de un proceso concursal<sup>484</sup>.

---

obtenida de la lectura de los siguientes manuales y a cuyo contenido me remito para una lectura más profunda: ALBALADEJO GARCÍA M (1958), “**El negocio jurídico**”, cit., págs. 192 y 193; DÍEZ PICAZO L/GULLÓN A. (2001), “**Sistema de Derecho Civil**”, cit., págs. 42 a 44; VATTIER FUENSALIDA C. (1990), “**Interpretación de contrato y nulidad. Contrato mixto de arrendamiento y compraventa. Falta de objeto y causa**”, **Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil**, núm. , págs. 271 a 278; MOSERRAT VALERO A. (2002), “**Criterios sobre la esencialidad del error vicio en el objeto contractual**”, **Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo**, AAVV coordinado por CABANILLAS SÁNCHEZ A., Vol. II, págs. 2565 a 2590;

<sup>483</sup> La **causa contractual** es el elemento contractual que define el contrato, lo caracteriza y lo justifica. Puede entenderse como la finalidad perseguida por el contrato y que justifica la relación negocial entre las partes contractuales. Su función consiste en definir el contrato e encuadrarlo dentro de un tipo específico. Para poder determinar la causa, la doctrina alude a la utilización conjunta de tres criterios (la tipificación legal, la distinción genérica del artículo 1274 Cc y la apreciación individualizada de cada negocio). Así, con la tipificación, conseguimos identificar la causa de cada negocio jurídico. Con la distinción genérica basada en el artículo 1274 Cc podremos conocer el tipo de causa que imbuye al contrato. A través de la consideración concreta de la causa, podemos interpretar su contenido de forma teleológica y conocer así la voluntad de las partes de la relación jurídica. Puede distinguirse tres tipos de causas: **1.** La causa típica correspondiente a cada clase de negocio; **2.** Las causas genéricas establecidas en el artículo 1274 Cc, siendo éstas onerosas, gratuitas y remuneratorias; **3.** Las no aludidas expresamente en el Código Civil. Información obtenida de la lectura y resumen de las siguientes obras, y a cuyo contenido me remito en pro de una lectura más profunda: DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), “**El negocio jurídico**”, cit., págs. 166 a 240; ALBALADEJO M (1958), “**El negocio jurídico**”, cit., págs. 196 a 203; DÍEZ PICAZO L/GULLÓN A. (2001), “**Sistema de Derecho Civil**”, cit., págs. 44 a 46; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), “**Comentarios al Código Civil**”, cit., págs. 450 a 547; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de junio 2008, núm. 563**, cuya lectura recomendamos encarecidamente pues explica que la causa no puede confundirse con la finalidad del negocio jurídico. Expone que será la razón de que las partes suscriban el contrato, configurándolo y caracterizándolo; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 29 de julio 2005, núm. 613**, sobre la definición de causa remuneratoria en los negocios onerosos, y la causa de mera liberalidad en los gratuitos. Resulta un caso de gran interés ya que expone como una donación puede tener una causa remuneratoria cuando implique el pago de una prestación derivada de un negocio oneroso. Concretamente considera que la donación remuneratoria es gratuita en la parte que excede del valor de la prestación pagada por medio de ésta.

<sup>484</sup> Vid. LEÓN F. (2004), “**Acciones de reintegración**”, cit., pág. 1320, ya citada anteriormente en este mismo sentido, sobre la adecuación de la acción de nulidad a las pesquisas del proceso concursal. El autor expresamente hace referencia a la acción de nulidad, adecuada a lo dispuesto en los artículos 71 a 73 de la Ley Concursal; PARRA LUCÁN (2010), “**La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos**”, cit., págs. 62 a 65, quien describe cada una de las características de la acción de nulidad en el marco de un proceso concursal. Hace especial mención a aspectos como la legitimación, el plazo de ejercicio, o sus efectos.

Así, respecto a sus **aspectos procesales**, sufrirán una gran alteración, ya que nos encontramos con el ejercicio de la acción de nulidad dentro de un proceso concursal, que no es civil.

Estará legitimada para su ejercicio la Administración Concursal, puesto que el artículo 72.2 LC así lo prevé. Establece que la Administración Concursal será la única legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria de los acuerdos de refinanciación típicos<sup>485</sup>, así como demás acciones de impugnación, sin que pueda darse la legitimación subsidiaria de los acreedores<sup>486</sup>.

La legitimación pasiva permanece. No se ve afectada por el ejercicio de la acción en el proceso concursal. Así serán demandados<sup>487</sup> todos aquellos que tengan interés en la prosperidad del negocio jurídico.

Respecto al plazo para su ejercicio, la acción de nulidad es imprescriptible, de manera que no está sometida a plazo alguno de prescripción. Sin embargo, en el marco del proceso concursal, será preciso que el negocio jurídico nulo se haya celebrado dentro del período sospechoso de dos años antes de la declaración de concurso.

Será competente<sup>488</sup> para el conocimiento de la acción de nulidad, el Juez de lo Mercantil que haya declarado el concurso, ya que así se lo atribuye el propio artículo 9.1 de la Ley Concursal.

---

<sup>485</sup> La Administración Concursal será la única legitimada habida cuenta que es la representante de los intereses del concurso. La legislación atribuye la acción de nulidad a cualquier persona legitimada. Sin embargo, en el concurso no se ejercita como una acción normal, sino como acción impugnatoria de un negocio jurídico. Así, según el principio de especialidad jurídica, será una acción impugnatoria ejercitada en el concurso. El ejercicio de las acciones impugnatorias contra los Acuerdos de Refinanciación típicos sólo puede ser ejercitada por la Administración Concursal, en aplicación del artículo 72.2 LC.

<sup>486</sup> Vid. PARRA LUCÁN (2010), **“La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”**, cit., pág. 62, quien dispone que para todas las acciones de impugnación o de rescisión que se ejerciten en el marco de un proceso concursal la legitimada activamente será la Administración Concursal. Sin embargo, los acreedores podrán igualmente ejercer la acción de impugnación de rescisión, cuando se hubiere efectuado requerimiento infructuoso a la Administración Concursal, habiendo transcurrido un lapso de 2 meses desde que se efectuó el requerimiento. Ahora bien, en el caso de los acuerdos de refinanciación, esta legitimación subsidiaria de los acreedores no tendrá lugar por exclusión expresa del legislador; BERROCAL LANZAROT (2010), **“La acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación”**, cit., pág. 250, se pronuncia en el mismo sentido, tratando tanto la legitimación única de la Administración Concursal, como la legitimación subsidiaria del resto de acreedores, reconocida ambas en el artículo 72 LC.

<sup>487</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), **“El negocio jurídico”**, cit., pág. 483, *“La acción de nulidad habrá de dirigirse primeramente contra quien sostenga u oponga la validez del negocio. Mas, como la declaración de nulidad de un negocio trasciende a los derechos y títulos que en aquel se basaran, se ha entendido que la acción deberá dirigirse contra todos los que aparezca hayan de ser afectados por la pretendida declaración de nulidad”*.

El procedimiento<sup>489</sup> para la interposición de la acción de nulidad se seguirá bajo los cauces del incidente concursal.

Será necesario probar la concurrencia de alguna de las causas de nulidad establecidas en la legislación civil. Varios son los vicios por los que se puede instar esta acción, si bien será preciso que cumplan con los requisitos contenidos en el artículo 71 bis.1 LC. Sólo podría instarse la acción de nulidad por **ilicitud o falsedad de causa**<sup>490</sup>, pues es la única causa que es difícilmente apreciable a simple vista.

Así, partiendo del artículo 1276 Cc<sup>491</sup>, hemos de tener presente que los acuerdos de refinanciación que se motiven por una causa falsa, o diferente a la que se induce a pensar, serán nulos salvo que se exprese motivadamente que estaba fundado en otra causa diferente. Siempre que no sea ilícita ni incompatible con el contenido mismo del acuerdo de refinanciación.

Respecto a la falsedad de la causa, hemos de distinguir dos tipos diferentes:

- La falsedad de la causa<sup>492</sup>: implica la nulidad del contrato que, de forma dolosa, se ha dado la apariencia de una causa contractual, cuando en la

---

<sup>488</sup> Vid. LEÓN F. (2004), "**Acciones de reintegración**", cit., pág. 1320, en este sentido, diciendo que "*Los efectos que se derivan de la declaración judicial de nulidad, anulabilidad, etc., son también los previstos en el régimen propio de cada una de estas acciones. La competencia para tener conocimiento de las mismas corresponde al juez del concurso por tratarse de acciones civiles con trascendencia patrimonial*"; PULGAR EZQUERRA J. (2012), "**Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación**", cit., pág. 417, en este sentido.

<sup>489</sup> Vid. LEÓN F. (2004), "**Acciones de reintegración**", cit., pág. 1320, en la que, hablando de la acción de nulidad ejercitada dentro del procedimiento concursal ya declarado, dice: "*Estas acciones se tramitan por el procedimiento incidental*"; PULGAR EZQUERRA J. (2012), "**Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación**", cit., pág. 417, en este sentido.

<sup>490</sup> Vid. SANCHO GARGALLO, "**La refinanciación desde la perspectiva de las acciones rescisorias**", cit., pág. 12, quien señala que efectivamente los acuerdos de refinanciación serán impugnables en este sentido: "*Esto es, nada impide que puedan ejercitarse acciones de nulidad, como la fundada en la ilicitud de la causa (art. 1277 CC), o la pauliana (art. 1111 y 1291.3 LC), si se cumplen sus respectivos presupuestos legales.*"; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), "**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**", cit., pág. 108, en este sentido, cuando habla de la acción de nulidad, sólo menciona la ilicitud de la causa o su falsedad, diferenciándolas respectivamente.

<sup>491</sup> El artículo 1276 Cc dispone que "*La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita.*"

<sup>492</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), "**El negocio jurídico**", cit., pág. 242, en la que, partiendo de que el artículo 1276 Cc menciona dos tipos de falsedad de causa, se refiere al primero de ellos. Supone la simulación de la causa del contrato, lo que implica la simulación de la finalidad y justificación del mismo, que deviene a su vez en la imposibilidad del contrato para ser eficaz. Por ello es motivo de nulidad contractual; ALBALADEJO M (1958), "**El negocio jurídico**", cit., pág. 216, en la que habla de la simulación de la causa como motivo de nulidad asoluta. La define en el mismo sentido; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), "**Comentarios al Código Civil**", cit., págs. 460 y 622, en la que explica la definición de la causa falsa y que supone motivo de nulidad absoluta. Precisa que los contratos simulados tienen una causa falsa, pero la causa falsa no tiene que dar lugar a un contrato simulado obligatoriamente; Díez PICAZO L/GULLÓN A. (2001), "**Sistema de Derecho Civil**", cit., pág. 60, en la que explica la causa falsa sólo será motivo de nulidad cuando no se demuestre que las partes concluyeron el contrato por otra causa real y válida subyacente. En caso de que sea motivo de nulidad, se considerará como una causa inexistente; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012),

realidad se funda en otra totalmente diferente. A ella se refiere el artículo 1276 Cc. La doctrina la conoce como “simulación de causa”. La jurisprudencia<sup>493</sup> considera que la simulación de la causa implica la inexistencia de la misma, por lo que el contrato será nulo.

- El error en la causa<sup>494</sup>: consiste en un error no doloso de la causa del contrato. Se manifiesta cuando las partes pretenden suscribir un negocio jurídico, creyendo que lo hacían bajo una causa específica. Dicha causa resulta ser errónea, siendo otra causa totalmente diferente. Dará lugar a la nulidad siempre y cuando no se pueda acreditar que las partes fundaron el contrato en otra causa lícita y verdadera.

La ilicitud de la causa<sup>495</sup> viene regulada en los artículos 1275, 1305 y 1306 Cc. Así, según lo dispuesto en el artículo 1275 Cc, los acuerdos de refinanciación con una

---

“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”, cit., pág. 108, diciendo que se asemeja a la inexistencia de la causa.

<sup>493</sup> Vid. **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I 12 de junio 2008, núm. 563**, “En los mismos hechos se aprecia que no existe transmisión alguna, no existe un contrato subyacente al que se aparenta en el contrato de compraventa; es decir, ni el demandante que figura como vendedor, vende, ni el demandado que figura como comprador, compra. No hay causa torpe o ilícita. Hay inexistencia de causa.”. Procede a declarar nula una compraventa en la que realmente no se hace entrega del bien ni tampoco el correspondiente pago del precio; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 21 de noviembre 2005, núm. 928**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de julio 2001, núm. 738**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de junio 2002, núm. 645**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de noviembre 2000, núm. 1029**, en este sentido. Igualmente precisa que no se puede involucrar la nulidad por simulación de causa, y por solicitud de la misma, en misma demanda. Ello se debe a que la causa simulada implica la inexistencia de la causa, mientras que la causa ilícita supone la existencia de una causa, aunque no fuere válida; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de abril 2011, núm. 278**, como ejemplo de una compensación de deudas, basada en una deuda igualmente simulada. El débito, al ser simulado, supone dejar vacía de contenido la compensación de deudas efectuada. Dicho de otro modo, la simulación de la causa e irremediable inexistencia de la misma.

<sup>494</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), “**El negocio jurídico**”, cit., pág. 482, en este sentido poniendo el ejemplo de que las partes firman un contrato creyendo que se trata de una donación, cuando realmente era la aceptación de una oferta. Apunta que no resulta fácil diferenciar el error de la causa del error en el consentimiento. Sin embargo el error es totalmente distinto a la falsedad, ya que la falsedad es una simulación dolosa, mientras que el error supone un malentendido en torno a la finalidad perseguida por las partes contractuales; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), “**Comentarios al Código Civil**”, cit., pág. 459, en este sentido. El autor no la llama “causa errónea”, sino que la trata como causa falsa. Dice que los contratos con causa falsa serán objeto de nulidad absoluta, siempre que las partes no demuestren que subyace otra causa verdadera y lícita; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), “**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**”, cit., pág. 108, en este sentido, como criterio para diferenciarla de la causa ilícita.

<sup>495</sup> Vid. BERROCAL LANZAROT (2010), “**La acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación**”, cit., pág. 250, quien hace un inciso en la nulidad por simulación de causa, para tratar la nulidad por ilicitud o inexistencia de causa. A este respecto, la autora indica que “*el acto de enajenación por el que el deudor, ante la inminencia de la declaración de concurso, intenta extraer sus bienes del ámbito de la garantía patrimonial es sólo aparente, fingido y, en consecuencia, la declaración que se pretende del Juzgado no es la de rescisión, sino la declaración de nulidad absoluta o inexistencia*”; PARRA LUCÁN (2010), “**La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos**”, cit., pág. 62 y 63, trata la nulidad absoluta

causa ilícita no podrán desplegar sus efectos. Los artículos 1305 y 1306 Cc nos indican que en el caso en que la constitución de un acuerdo de refinanciación suponga delito o falta penal, además de declararse la ausencia de efectos de dicho negocio, se procederá a la apertura de un procedimiento penal contra quienes se hubieren adherido al mismo.

La ilicitud de la causa viene de determinada por dos parámetros:

- La causa será ilícita cuando sea contraria a la Ley<sup>496</sup>: con ello se nos quiere decir que la causa que contravenga a una norma imperativa, o a cualquier tipo de norma coactiva, será ilícita, provocando la nulidad del contrato.
- La causa será ilícita cuando sea contraria a la moral<sup>497</sup>: supone que la finalidad del contrato implica la transgresión de las reglas morales

---

cuando las partes celebran un negocio jurídico que realmente no desean, o cuando el negocio jurídico busca otras finalidades que las que aparentemente pretende, en cuyo caso, dispone la autora que la nulidad absoluta prosperará siempre que se acredite la falta del elemento causal, su falsedad o la ilicitud de la causa que motiva el negocio jurídico en cuestión; MORATILLA GALÁN (2008), **“La causa como razón de ser del contrato con el propósito último y coincidente que conduce a las partes a su celebración”**, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 705, pág. 415 a 421, quien realiza un detallado estudio de la ilicitud de causa como motivo de declaración de nulidad del negocio jurídico; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), **“Comentarios al Código Civil”**, cit., págs. 465 y 652, en la que dice que la causa ilícita es motivo de nulidad. Si bien el contrato si tiene una causa; Díez PICAZO L/GULLÓN A. (2001), **“Sistema de Derecho Civil”**, cit., pág. 61, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 27 de marzo 2007, núm. 395**, *“la causa debe ser lícita; es ilícita -como dispone esta norma- la que es contraria a la ley - como el caso extremo de ser delictiva- y el contrato con causa ilícita es nulo, en aplicación del artículo 6.3. Como ya decía la sentencia de 13 de marzo de 1997, la ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio”*; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de junio 2008, núm. 563**, en este sentido; **Sentencia el Tribunal Supremo, Sala I de 28 de marzo 2000, núm. 331**, en este sentido.

<sup>496</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), **“El negocio jurídico”**, cit., pág.245 tratándo la causa contraria a la Ley en este sentido. El autor considera que no basta con ser contraria a cualquier tipo de disposición legal, sino que ha de tratarse de un mandato legal en toda regla. Es decir, una norma imperativa de obligado cumplimiento, o bien una norma coactiva. Un claro ejemplo de este tipo de normas son las normas penales; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), **“Comentarios al Código Civil”**, cit., pág. 625, en este sentido; Díez PICAZO L/GULLÓN A. (2001), **“Sistema de Derecho Civil”**, cit., pág. 61, en este sentido; ALBALADEJO M (1958), **“El negocio jurídico”**, cit., pág. 209, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 26 de febrero 1998, núm. 149**, en la que se considera que el contrato es nulo por estar encaminado a la constitución de un monopolio. Como los monopolios están expresamente prohibidos en la legislación española, se reputa causa ilícita por atentar contra la norma imperativa; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de julio 2001, núm. 738**, en la que se reputa ilícita la causa defraudatoria de Hacienda, al ser contraria a la norma imperativa, siempre y cuando la cantidad defraudada sea constitutiva de delito; **Sentencia el Tribunal Supremo, Sala I de 18 de marzo 2009, núm. 173**, en este sentido. Precisa que la nulidad por causa contraria a la norma imperativa puede venir de una norma imperativa, sin embargo, tendrá que tratarse de una norma imperativa que expresamente prevea la nulidad de los actos que la contravengan.

socialmente establecidas. Es decir, que contravenga al orden público, entendido éste como las reglas básicas de convivencia de la sociedad.

Cuando la ilicitud de la causa no suponga perpetración de un hecho penalmente típico y punible, se declarará la nulidad del acto con las siguientes precisiones<sup>498</sup>:

- Si los acreedores que lo suscribieron y el deudor conocían dolosamente o con mala fe de la ilicitud de la causa, una vez haya sido restituido el perjuicio patrimonial a la masa activa, así como el resto de efectos que hubiere provocado, no podrá ninguno de ellos reclamar al otro cumplimiento de lo dispuesto en el negocio jurídico (en nuestro caso, pacto previsto en el Acuerdo de Refinanciación).
- Si por el contrario, sólo uno de ellos hubiese procedido de mala fe, no tendrá derecho a exigir lo perdido o el cumplimiento del contenido del acuerdo de refinanciación. Quien hubiese actuado con buena fe, podrá exigir la restitución del daño causado por la impugnación del acuerdo de refinanciación, así como el cumplimiento de su contenido, aun cuando el que ha obrado con mala fe no lo hubiese cumplido.

La ilicitud o falsedad de la causa que motive el Acuerdo de Refinanciación, o alguno de sus pactos, deberá ser acreditada por la Administración Concursal. El

---

<sup>497</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), “**El negocio jurídico**”, cit., págs. 246 y 247, “*Se trata de la conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas. De aquí que el estigma de la causa opuesta a la moral, o de contraria a las buenas costumbres, será merecido cuando, por inmoral, el resultado práctico del negocio lo repugne la conciencia social y ella lo considere indigno de amparo jurídico. [...] Todo lo dicho confirmará lo antes indicado, que la apreciación de la inmoralidad de la causa de un negocio supone encomendar a los jueces una tarea de gran delicadeza, para cuyo desempeño se requiere especial sensibilidad respecto a lo deseable y posible socialmente. Aplicación de los principios generales, aunque de otro contenido y de funcionamiento semejante al de los designados con el nombre ambiguo de orden público.*”; ALBALADEJO M (1958), “**El negocio jurídico**”, cit., pág. 209, en este sentido; DÍEZ PICAZO L/GULLÓN A. (2001), “**Sistema de Derecho Civil**”, cit., pág. 61, en este sentido; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), “**Comentarios al Código Civil**”, cit., pág. 468, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de marzo 2000, núm. 241**, en este sentido. El pronunciamiento declara nulo el contrato cuya causa sea salvar el patrimonio de una persona, ante las inminentes ejecuciones crediticias. Se considera causa ilícita pues atenta contra la propia moral y los derechos de los acreedores. Podría ser objeto de la acción pauliana, sin embargo la Sentencia aprecia la nulidad por considerar que la causa es ilícita, y que por consiguiente el negocio es nulo per se; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de julio 2001, núm. 738**, en la que se considera que el negocio jurídico celebrado para defraudar a Hacienda se considerará nulo en todo momento. En el caso en que la defraudación sea por una cuantía inferior a 120.000€ (el límite base para definir la mera infracción administrativa y el delito) se considerará contraria a la moral y al orden público, ya que no atenta contra ninguna norma imperativa.

<sup>498</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO L/GULLÓN A (2001), “**Sistema de Derecho Civil**”, cit., pág. 106, comentando el artículo 1306 Cc, en este sentido; RIMBLAS J. (1958), “**Código Civil. Interpretado y anotado, con arreglo a las modificaciones intrducidas por la ley de 24 de abril de 1958**”, cit., pág. 783, en este sentido; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), “**Comentarios al Código Civil**”, cit., pág. 655, en este sentido.

artículo 1277 Cc considera que se presume que todos los negocios poseen una causa lícita y real<sup>499</sup>. Por ello no caben las presunciones de causa ilícita o simulada. Sin embargo, la concurrencia de indicios puede revelar que la causa esté viciada reputándose nulo el negocio jurídico<sup>500</sup>.

Por último, respecto a los **efectos de la acción de nulidad**<sup>501</sup>, la declaración de nulidad de un acuerdo de refinanciación o de cualquier otro negocio jurídico, en el seno de un proceso concursal, conllevará la retroacción del patrimonio del deudor

---

<sup>499</sup> Vid. ALBALADEJO M (1958), “**El negocio jurídico**”, cit., pág. 206, “*Aunque no se exprese cuál es la causa, se presume que existe una, y que es lícita, mientras que el deudor (en general, el atribuyente) no pruebe lo contrario*”; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), “**Comentarios al Código Civil**”, cit., págs. 548, 560 y 466, en este sentido. Dice que es muy difícil de probar el defecto en la causa, pues el artículo 1277 Cc presume que todos los negocios jurídicos tienen una causa y que ésta es lícita. Sin embargo considera que el medio de probarlo es a través del artículo 1274 Cc. Este precepto considera clasifica las causas de los contratos en causas onerosas, remuneratorias y de mera liberalidad. De esta manera, el actor podrá acreditar que la causa es ilícita o falsa cuando difiera de las causas prevista en el artículo en cuestión.

<sup>500</sup> Vid. PARRA LUCÁN (2010), “**La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos**”, cit., pág. 63, quien expresa que “*el ejercicio de la acción requiere la prueba de simulación, es decir, de la creación de una apariencia. Ante la dificultad de demostrar la verdadera voluntad de las partes, por ser un elemento interno, la jurisprudencia admite la prueba mediante ciertos indicios y presunciones que permiten concluir que no ha habido verdadera transmisión: así, por ejemplo, el transmitente sigue reteniendo la posesión de los bienes, no se produce la entrega, sigue pagando los impuestos...*”; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 29 de julio 2005, núm. 613**, “*Pero, además, en un supuesto en que se utiliza una escritura de compraventa como vehículo de una donación, no parece sostenible un desplazamiento de la carga de la prueba, pues es doctrina que la prueba de la existencia y validez del negocio disimulado corresponde a la parte a quien interesa. Y así, la STS de 12 de noviembre de 2002, señalaba que el artículo 1214 CC, como norma distributiva de la carga de la prueba, no responde a principios inflexibles, sino que se deben adoptar en cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte*”; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de marzo 2000, núm. 241**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de julio 2006, núm. 762**, en este sentido, en la que se habla de la presunción de simulación de la causa por concurrencia de indicios; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 23 de noviembre 1993, núm. 1121**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 18 de marzo 2009, núm. 173**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de abril 2011, núm. 278**, en este sentido.

<sup>501</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO F. (1985), “**El negocio jurídico**”, cit., pág. 482 en la que dice que el principal efecto de la acción de nulidad supondrá la remoción del negocio jurídico y retroacción de todos sus efectos. Es decir, la eliminación del negocio junto con todas las consecuencias y efectos que hubiese podido producir, debiendo restituirse todo al estado anterior a la celebración del negocio jurídico.; Díez-PICAZO L/GULLÓN A (2001), “**Sistema de Derecho Civil**”, cit., pág. 105, donde dice que el principal efecto de, la acción de nulidad es la restitución de las prestaciones hasta el momento previo a la constitución del acto jurídico nulo; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), “**Comentarios al Código Civil**”, cit., pág. 645, en este sentido; SERRANO ACITORES (2010), “**El principio de conservación de los contratos frente a las figuras de la nulidad y la anulabilidad**”, Noticias Jurídicas, en la página <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201006-83473947392.html>. A lo largo de este artículo, en su apartado 3, último subapartado, dispone que los efectos de la declaración de nulidad serán los siguientes: **1.** Consideración de que no ha modificado ni creado relación jurídica alguna. **2.** El acuerdo de refinanciación declarado nulo, no puede ser convalidado por el paso del tiempo o por cualquier actividad de alguna de las partes que lo hubieren suscrito. **3.** Efecto restitutorio del acuerdo de refinanciación se manifiesta en los artículos 1303, 1307 y 1308 Cc.

hasta el momento previo a la celebración del negocio jurídico nulo<sup>502</sup>. Es decir, se tendrán que restituir las prestaciones recibidas. En algunas situaciones puede llegar a derivarse una indemnización por los daños y perjuicios causados<sup>503</sup>, para el caso en que la restitución fuere imposible.

Este efecto supone la necesaria reincorporación del bien, objeto del negocio jurídico, al patrimonio del deudor, por lo que los acreedores podrán así ejecutar el bien en defensa de sus intereses<sup>504</sup>, en el mismo sentido que la acción rescisoria concursal<sup>505</sup>.

---

<sup>502</sup> Vid. MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), “**Comentarios al Código Civil**”, cit., pág. 645, en la que expone que la declaración de la nulidad dejará las cosas en el estado anterior a la celebración del negocio jurídico nulo. Se considerará como si nunca hubiere existido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de marzo 2000, núm. 241**, en la que se expone que la declaración de nulidad conlleva inevitablemente a la retroacción de los efectos del negocio jurídico declarado nulo, al momento anterior de la constitución del acto; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de marzo 1983**, en la que se considera que el efecto principal es la remoción de los efectos del negocio jurídico, quedando la relación jurídica como si nunca hubiere existido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de junio 2012, núm. 645**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de julio 2006, núm. 762**, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 18 de marzo 2009, núm. 173**, en este sentido. Añade que se procederá a la restitución de ambas contraprestaciones, siempre y cuando haya algo que restituir. Así, en las donaciones se restituirá el bien, pero no un precio, ya que es inexistente.

<sup>503</sup> Vid. DIÉZ-PICAZO L/GULLÓN A (2001), “**Sistema de Derecho Civil**”, cit., pág. 105, “*cuando el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se percibió, con los intereses desde la misma fecha*”; MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), “**Comentarios al Código Civil**”, cit., págs. 645 y 657, en la que explica que cuando la cosa objeto del acto nulo no pueda restituirse, tendrá que indemnizarse por el valor de la misma, además de por los perjuicios que hubiere causado, incrementados en el interés legal; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de abril 2011, núm. 278**, “*b) la obligación de estar y pasar por esta declaración y la de restituir a la sociedad de gananciales dichos bienes; c) la obligación, subsidiaria a la anterior, de indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios ocasionados en el caso que la restitución resultase imposible*”; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 31 de marzo 1997, núm. 275**, en este sentido.

<sup>504</sup> Vid. PARRA LUCÁN (2010), “**La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos**”, cit., pág. 63, quien señala que el efecto principal de la declaración de nulidad del negocio jurídico es la invalidez de las escrituras públicas a que hubiere dado lugar, la cancelación de las inscripciones registrales que hubiere producido, y la eliminación de todos los efectos que este negocio jurídico hubiese provocado, ya que el bien volverá a formar parte del patrimonio del deudor, del cual salió indebidamente. Esta declaración implica que el negocio jurídico nunca se ha llegado a constituir, por lo que tampoco será subsanable, ni convalidable, ni objeto de cualquier otro pronunciamiento, ya que se considera que el bien no ha llegado a salir del patrimonio del deudor. Así pues los acreedores podrán ejecutar el bien, llegado el momento procesal oportuno para ello, en afán de hacer efectivo su derecho de crédito.

<sup>505</sup> Se trata de una acción impugnatoria ejercitada dentro del concurso, por lo que sus efectos tendrán que acomodarse a los de la acción rescisoria concursal. Así, tras la restitución del bien, se procederá al reembolso del precio pagado por él, tal y como decíamos en las anteriores acciones, y a cuyo contenido y doctrina citada, nos remitimos en aras de la brevedad.

### 2.1.3 La legitimación para el ejercicio de estas acciones.

Como ya hemos dicho, es posible la rescisión e impugnación de los acuerdos de refinanciación, ya que el artículo 72.2 LC establece que **sólo la Administración Concursal estará legitimada** para el ejercicio de la acción rescisoria y demás acciones de impugnación<sup>506</sup> que puedan plantearse contra los acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis.1 LC<sup>507</sup>. Para el ejercicio de estas acciones no será de aplicación la legitimación subsidiaria prevista en el artículo 72.1 LC<sup>508</sup>.

---

<sup>506</sup> Vid. SÁNCHEZ-CALERO (2010), **“Refinanciación y reintegración concursal”**, cit., pág. 34, quien al tratar la legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria contra un acuerdo de refinanciación, considera que únicamente corresponde su ejercicio a la Administración Concursal, pues lo dispone expresamente el artículo 72.2 LC, no habiendo lugar a la legitimación subsidiaria del resto de acreedores, establecida en el artículo 72.1 LC: *“Resulta manifiesta la intención de descartar la legitimación de cualquier acreedor.”*; PARRA LUCÁN (2010), **“La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”**, cit., pág. 55, dispone que para la impugnación de los acuerdos de refinanciación típicos, estará legitimada únicamente la Administración Concursal, sin que quepa su ejercicio por parte de algún acreedor a través de la legitimación subsidiaria prevista en el artículo 72.1 LC; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del Acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 277, en la que dice que el Administrador Concursal podrá poner en conocimiento del Juzgado que se han incumplido los requisitos de tipicidad del Acuerdo; BERROCAL LANZAROT (2010), **“La acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación”**, cit., pág. 234, en el mismo sentido; LEÓN F.J. (2014), **“La ineficacia de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 89 en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 416, en este sentido; VIÑUELAS SANZ M. (2013), **“Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación en la Ley 38/2011 (Intereses en juego y opciones de política legislativa)”**, cit., pág. 188 en el mismo sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. IX de 18 de julio 2013, núm. 209**, en este sentido; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sec. I de 23 de enero 2012, núm. 14**, en este sentido;

<sup>507</sup> Vid. PARRA LUCÁN (2010), **“La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”**, cit., pág. 55, quien señala que para la impugnación de los acuerdos de refinanciación típicos, estará legitimada únicamente la Administración Concursal, sin que quepa su ejercicio por parte de algún acreedor a través de la legitimación subsidiaria prevista en el artículo 72.1 LC; en el mismo sentido, BERROCAL LANZAROT (2010), **“La acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación”**, cit., pág. 234; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del Acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 275, en este sentido.

<sup>508</sup> Vid. PARRA LUCÁN (2010), **“La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”**, cit., pág. 55, quien indica que para la rescisión de los acuerdos de refinanciación atípicos, la única legitimada para el ejercicio de esta acción será la Administración Concursal. Si bien es cierto que el legislador prevé que los acreedores podrán ejercitar la acción rescisoria prevista en el artículo 71 LC, una vez hayan transcurrido dos meses desde que se efectuó el requerimiento infructuoso, a la Administración Concursal, para su ejercicio; BERROCAL LANZAROT (2010), **“La acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación”**, cit., pág. 234 en el mismo sentido.; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES (2011), **“Los efectos de la acción rescisoria concursal”**, Jornadas de Derecho Civil y Ley Concursal, Málaga, pág. 1, expresa que *“se reconoce legitimación activa para el ejercicio de la acción rescisoria a la Administración Concursal y, sólo en caso de inactividad de ésta, a los acreedores, sin discriminarlos por razón de la clasificación que merezca su crédito”*; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 416, en este sentido; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 11 de noviembre 2013, núm. 669**, en este sentido, explicando el

Por ende, tampoco será posible que la acción pueda ser ejercitada por un auxiliar delegado<sup>509</sup>, ya que el artículo 72.2 de la Ley Concursal se muestra taxativo en la legitimación única.

Así, el artículo 72.2 LC prohíbe esta legitimación subsidiaria de los acreedores en la impugnación y rescisión de los acuerdos de refinanciación<sup>510</sup>. Con esta norma, el

---

sistema de legitimación por sustitución de los acreedores; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 11 de diciembre 2012, núm. 736**, en este sentido.

<sup>509</sup> Los **auxiliares delegados** son profesionales nombrados por el administrador concursal para que le presten asesoramiento respecto de las materias relacionadas con el concurso, que le sean desconocidas, o sobre las que, dada su gran complejidad, precisan asesoramiento profesional. No tendrán que cumplir con los requisitos exigidos para la Administración Concursal, aunque sí tendrán que cumplir con la suficiente profesionalidad si esperan ser elegidos. Se regulan en el artículo 32 de la Ley Concursal, reformado recientemente por la Ley 38/2011. Se prevé su nombramiento obligatorio cuando (artículo 32.2 de la Ley Concursal) en las empresas con establecimientos distribuidos por todo el territorio; en empresas de gran dimensión; cuando solicite la prórroga de emisión del informe; y en los concursos conexos en los que se haya nombrado una administración concursal única. El nombramiento será potestativo en el resto de casos, aunque si la administración concursal es una persona jurídica no podrá nombrarse un auxiliar delegado, salvo que sea legalmente obligatorio. De manera independiente al carácter de su nombramiento, puede ser propuesto de dos maneras posibles: bien a cargo del Juez que designó al administrador unipersonal, cuando el concurso precise, dada sus circunstancias especiales, la pericia profesional de que el administrador concursal carece, tras la preceptiva audiencia al Administrador Concursal. Para ello será necesario conceder audiencia al administrador concursal. Bien a cargo del administrador concursal, precisando que sea expresamente autorizado por el Juez que lo designó. La solicitud deberá ser presentada por escrito (bajo las reglas establecidas en el artículo 188 LC), exponiendo los motivos por los que debe ser nombrado un auxiliar delegado, las funciones que se quieren delegar, los criterios que se van a emplear para la remuneración de los auxiliares, y por último, proponer a ciertos candidatos (exponiendo los motivos y criterios de dicha elección). El sistema de incompatibilidades del auxiliar delegado es el mismo del administrador concursal, ya que será encargado de realizar alguna de sus funciones. La resolución que los nombra tendrá forma de auto, debiendo contener, en caso favorable, el nombramiento, la delimitación de sus funciones y la determinación de su retribución. Contra el auto que resuelve sobre el nombramiento de auxiliares delegados no cabe recurso alguno. Una vez nombrados, hay que decir que están supeditados a la supervisión y dirección del Administrador Concursal, pues el administrador queda facultado para poder vigilar su función y dar ciertas instrucciones en el desempeño de la misma. La Administración Concursal es responsable de los daños que causen los auxiliares delegados, en base a la culpa in eligendo. Hemos de precisar que no cabe la subdelegación. Por último añadir que los honorarios de los auxiliares delegados será a cargo del administrador concursal, ya que su contratación se justifica en la reducción de costes para la gestión del concurso. Sus honorarios, como antes decíamos, son aprobados por medio de Resolución, constituyendo esta resolución título ejecutivo suficiente para el caso en que el auxiliar delegado resulte impagado por las labores desempeñadas. Información resumida y obtenida de las siguientes obras: TIRADO I. (2004), **“Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales”, Comentario de la Ley Concursal**, AAVV dirigida por ROJO A./BELTRÁN E., Tomo I, Edit. Thomsom Civitas, Primera Edición, Madrid, págs. 647 a 667; LÓPEZ MÁÑEZ L.E. (2012), **“Administración Concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal**, núm. 16, págs. 156 a 158; PONS ALBENTOSA L. (2012) **“Los auxiliares delegados de la administración concursal tras la reforma operada por la Ley 38/2011 de 10 de octubre”, Boletín de Mercantil**, núm. 49, págs. 1 a 4; **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 11 de noviembre 2013, núm. 669**, sobre el control y supervisión que ejerce el Administrador Concursal sobre los auxiliares delegados.

legislador trata de evitar las estrategias de cualquier acreedor, quien puede reservarse la “baza” de la rescisión del acuerdo de refinanciación en cuanto colisione con sus intereses privados.

Estudiaremos el **estatuto del Administrador Concursal** (regulado en los artículos 27.1 y 28 LC), a fin de profundizar en mayor medida sobre la figura de quien es el único legitimado para el ejercicio de la acción. Hemos de precisar que ha sido recientemente reformado por la Ley 17/2014 de 30 de septiembre<sup>511</sup>.

En primer lugar, tras la reforma de la Ley Concursal, la Administración Concursal es unipersonal<sup>512</sup>, en aras de evitar costes innecesarios en el concurso.

Con la modificación efectuada por la Ley 17/2014, se han restringido los supuestos de administración concursal plurisubjetiva<sup>513</sup>, eliminándose el artículo 27 bis LC que regulaba los concursos de especial trascendencia<sup>514</sup>.

---

<sup>510</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO (2010), “**Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 62, quien considera que, una vez declarado el concurso, sólo estará legitimada la Administración Concursal para el ejercicio de la acción rescisoria frente a los acuerdos de refinanciación, por mandato legal del artículo 72.2 LC. Así, queda totalmente apartado el acuerdo de refinanciación de las estrategias de los acreedores, quienes procurarán hacer valer sus intereses sobre el resto de los acreedores que conforman la masa pasivo concursal; PARRA LUCÁN (2010), “**La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos**”, cit., pág. 55, se pronuncia en el mismo sentido; BERROCAL LANZAROT (2010), “**La acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación**”, cit., pág. 134, se pronuncia en el mismo sentido respecto a la exclusión de la legitimación subsidiaria de los acreedores en el ejercicio de la acción rescisoria.

<sup>511</sup> Como ya hemos dicho en el Capítulo 1, apartado 1.1.5, la Ley 17/2014 de 30 de septiembre modificó levemente el régimen de los Acuerdos de Refinanciación, centrándose en un completo cambio del estatuto jurídico del Administrador Concursal.

<sup>512</sup> Vid. LÓPEZ MÁÑEZ L.E. (2012), “**Administración Concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003**”, cit., pág. 145 y 146, quien dice que la Administración Concursal será unipersonal salvo en los supuestos de especial trascendencia.

<sup>513</sup> Tras la reforma por la Ley 17/2014 se introduce el apartado 7 del artículo 27 LC que dice “*Por excepción a lo dispuesto en el apartado 1, en aquellos concursos en que exista una causa de interés público que así lo justifique, el juez del concurso, de oficio o a instancia de un acreedor de carácter público podrá nombrar como segundo administrador concursal a una Administración Pública acreedora o a una entidad de Derecho Público acreedora vinculada o dependiente de ella. En este supuesto la representación de la administración deberá recaer sobre algún empleado público con titulación universitaria, de graduado o licenciado, que desempeñe sus funciones en el ámbito jurídico o económico, y su régimen de responsabilidad será el específico de la legislación administrativa. En estos casos, la representación de la administración concursal frente a terceros recaerá sobre el primer administrador concursal.*”

<sup>514</sup> Vid. LÓPEZ MÁÑEZ L.E. (2012), “**Administración Concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003**”, cit., pág. 146, en la que dice que los concursos de especial trascendencia vienen regulados en el artículo 27 bis de la Ley Concursal, y son los siguientes: **1.** Cuando además de ser el Administrador profesional, se nombra a la Administración Pública o entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella, cuando el Juez aprecie que existe una causa de interés público; **2.** Una administración concursal compuesta por dos miembros cuando el concurso sea de especial trascendencia; **3.** Y una administración concursal bimembre con auxiliares delegados cuando revista una especial trascendencia además de cierta complejidad; **4.** Una administración concursal compuesta por un profesional y un acreedor titular de un crédito ordinario o

En este sentido, el artículo 27 LC regula las condiciones subjetivas que debe cumplir el Administrador Concursal.

Tras la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, se ha modificado completamente las condiciones subjetivas para ser designado Administrador Concursal.

Según el artículo 27.2 LC sólo podrán ser nombrados Administradores Concursales aquellos que se inscriban debidamente en la Sección Cuarta del Registro Público Concursal, “y que hayan declarado su disposición a ejercer las labores de administrador concursal en el ámbito territorial del juzgado del concurso”.

El legislador ha creado una Sección Cuarta en el Registro Público Concursal<sup>515</sup> donde deberán inscribirse si quieren ser designados Administradores Concursales además de los auxiliares delegados.

Igualmente ha introducido una especificación territorial<sup>516</sup>. El Administrador tendrá que haber señalado su disponibilidad para ejercer sus funciones en la demarcación del Juzgado que lo nombra.

Para poder inscribirse en la Sección Cuarta del Registro Público Concursal, será necesario (ex art. 27.3 LC) que las personas físicas o jurídicas cumplan con los requisitos reglamentariamente exigidos. Estas condiciones pueden referirse a una titulación requerida<sup>517</sup> o a cursos<sup>518</sup> o superación de pruebas específicas<sup>519</sup>.

---

privilegiado con privilegio general no garantizado (de entre los que figuren en el tercio de mayor importe), para el caso en que se trate de concursos ordinarios de especial relevancia.

<sup>515</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), “**Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas**”, cit., pág. 14, “*la creación de una Sección Cuarta de administradores concursales y auxiliares delegado en el Registro Público Concursal, donde deberán inscribirse las personas físicas y jurídicas que cumplan con los requisitos para ser administradores concursales*”

<sup>516</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), “**Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas**”, cit., pág. 14, “*también como novedad el ámbito territorial en el que estén dispuestos a ejercer como administradores concursales*”.

<sup>517</sup> Respecto a la titulación exigida para acceder a esta Sección Cuarta, interpretamos que se refiere a la que venía siendo exigida en el artículo 27.1 LC anterior a la reforma por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre. Es decir: 1. Abogado con al menos 5 años de ejercicio profesional efectivo, que acredite suficiente experiencia y conocimientos en la materia; 2. Economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, con al menos 5 años de experiencia profesional, siempre que acredite conocimientos suficientes en la materia. Lo interpretamos así ya que son las titulaciones más idóneas para el correcto desempeño de estas funciones. Para un estudio más avanzado de estas condiciones subjetivas véase: CANDELARIO MACÍAS/RODRÍGUEZ GRILLO (2004), “**La Administración Concursal**”, **Estudios Financieros: Revista de Contabilidad y Tributación**, núm. 261, págs. 168 y 169; LÓPEZ MÁÑEZ L.E. (2012), “**Administración Concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003**”, cit., págs. 144, 149 y 150; TIRADO I. (2004), “**Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales**”, cit., págs. 575 y 576.

<sup>518</sup> Entendemos que se exige la práctica de cursos, en sustitución de lo que en la anterior redacción se consideraba como “acreditar la suficiente formación y conocimientos en la materia”. Creemos

También puede ser designada una persona jurídica como Administrador Concursal<sup>520</sup>. Sobre la definición de persona jurídica a efectos de su nombramiento como Administrador Concursal, pesan dos teorías:

- La tesis amplia<sup>521</sup>, por la cual sólo será necesario que integre al menos a una de las personas mencionadas en el párrafo anterior, y que garantice la independencia y aptitudes para el ejercicio de su cargo. Ésta será la

---

que el legislador exigirá reglamentariamente un plus de formación a través de cursos, con la finalidad de ser más objetivo a la hora de acreditar la formación debida para ser Administrador Concursal. Para comprender lo que se entendía por acreditación de suficiente información, véase: LÓPEZ MÁÑEZ L.E. (2012), “**Administración Concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003**”, cit., págs. 149 y 150; CANDELARIO MACÍAS/RODRÍGUEZ GRILLO (2004) “**La Administración Concursal**”, cit., pág. 169

<sup>519</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), “**Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas**”, cit., pág. 14, “*directrices para orientar el nuevo sistema de requisitos para ejercer como administrador concursal, con el fin de propiciar que quienes desempeñen estas funciones posean las aptitudes y os conocimientos suficientes. Con esta finalidad, se establece, de un lado, la posibilidad de exigir la superación de pruebas o cursos específicos*”

<sup>520</sup> Vid. LÓPEZ MÁÑEZ L. E. (2012), “**Administración Concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003**”, cit., pág. 146, en la que dice que tras la reforma del año 2011, se ha introducido la posibilidad de que el Administrador concursal sea una persona jurídica, ya que se busca la profesionalización de la labor del Administrador concursal; CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO L (2012), “**El administrador concursal persona jurídica: su naturaleza jurídica en la Ley 38/2011**”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 17, pág. 146, en la que dice que la nueva reforma concursal ha introducido el Administrador Concursal persona jurídica en aras de buscar la mayor profesionalización del administrador concursal. Explica que con ello se ha procurado una disminución de los costes del concurso, al no precisarse auxiliares delegados ni tampoco otro tipo de asesoramiento. Habla también de la “societarización” de la administración concursal, ya que se permite que las Sociedades de Capital, además de las Sociedades Profesionales puedan serlo; TIRADO I. (2004), “**Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales**”, cit., pág. 575, quien expone, de forma muy anterior a la reforma concursal, que también pueden ser designadas personas jurídicas, anteponiéndose a lo que actualmente está ya legislado. Para ello dice que “*los dos puestos técnicos del órgano pueden integrarse por personas físicas o jurídicas (sociedad profesional de abogados, sociedad de auditoría, etc.). Pese a que la Ley parece referirse exclusivamente a personas naturales, se trata, tan sólo, de falta de precisión. Esto queda demostrado por el modo en que la propia Ley regula las especialidades en el nombramiento de personas jurídicas para la administración.*”

<sup>521</sup> Vid. LÓPEZ MÁÑEZ L.E. (2012), “**Administración Concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003**”, cit., pág. 151, en la que expone que una Sociedad de Capital podrá ser designada para ser Administrador Concursal, siempre y cuando alguno de sus miembros cumpla con lo establecido en el artículo 27.1 párrafos 1 y 2 de la Ley Concursal. Se tendrá que designar a un responsable que aceptará el encargo de ejercer esta labor. El autor pone de ejemplo a la Sociedad de Capital, ya que ésta no precisa que todos sus miembros cumplan con estos requisitos (como es el caso de, la Sociedad Profesional), sino con que uno sólo los cumpla, será más que suficiente; CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO L. (2012), “**El administrador concursal persona jurídica: su naturaleza jurídica en la Ley 38/2011**”, cit, pág. 153, en la que considera que sería más conveniente la concepción estricta, para asegurar la profesionalización de la administración concursal, sin embargo el artículo 27 de la Ley Concursal, se muestra a favor de la concepción amplia;

teoría acorde<sup>522</sup> a la Ley Concursal cuando exige que “al menos” uno de los miembros será profesional en el sentido del artículo 27 de la Ley Concursal.

- La tesis estricta<sup>523</sup>, en la que sólo podrán ser designadas las personas jurídicas integradas por profesionales, es decir la Sociedad Profesional<sup>524</sup>.

En todo caso, se tendrá que designar a un responsable<sup>525</sup> que vaya a ejercitar el cargo.

---

<sup>522</sup> Vid. CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO L. (2012), “**El administrador concursal persona jurídica: su naturaleza jurídica en la Ley 38/2011**”, cit, págs. 149 a 152, en las que expone que la tesis amplia es la que dispone la Ley Concursal, alegando los tres motivos para ello: **1.** La introducción del término “al menos”, lo que implica que no todos tendrán que ser profesionales en el sentido del artículo 27 de la Ley Concursal; **2.** La interpretación heurística y sistemática del precepto nos lleva a pensar en la teoría amplia; **3.** Una interpretación teleológica y auténtica del precepto nos lleva a que el legislador no deseaba limitar la profesionalidad del administrador concursal designado.

<sup>523</sup> Vid. VALPUESTA GASTAMINZA E. (2010), “**Comentarios a la Ley Concursal**”, Edit. Thomson Reuters, Pamplona pág. 417 avalando la teoría estricta por la que sólo las sociedades profesionales y sociedades entre profesionales pueden ser designados como administradores concursales; TIRADO I. (2004), “**Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales**”, cit., pág. 575, en la que, anterior a la reforma, ya trataba esta posibilidad, poniendo como ejemplo la Sociedad de Abogados, y la Sociedad de Auditoría, por lo que puede entenderse que sólo se refiere a las sociedades profesionales, lo que le sitúa en esta tesis estricta; YÁÑEZ YÁÑEZ P. (2011), “**Administración Concursal y personas jurídicas**”, Diarios el Economista Iuris&Lex, consultado en enero de 2012; Criterio adoptado por los Jueces de lo Mercantil de Madrid, en la reunión de 13 de diciembre de 2011, <http://www.aelac.es/sites/default/files/COCLUSIONES%CRITERIOS%20REUNION%20JUECES%20MAD%202011.pdf>, consultado en septiembre de 2012.

<sup>524</sup> La **Sociedad Profesional** se regula en la Ley 2/2007 de 15 de marzo de Sociedades Profesionales. Se entiende que son sociedades dotadas de profesionalidad jurídica propia, cuyo objeto social supone el desempeño de un servicio profesional a través de sus socios y asociados. Es una forma de ejercicio colectivo de una profesión determinada. Se encuentra caracterizada por tratarse de una sociedad cuya actividad se precisa en el momento de su constitución (Sociedad de Abogados, Sociedad de Economistas, Sociedad de Peritaje, etc), por estar integrada solamente de profesionales habilitados para ejercer el objeto social para la que fue constituida (en la Sociedad de Abogados, todos los socios tienen que ser abogados en ejercicio profesional). Información obtenida de las siguientes obras y cuya lectura recomendamos para un estudio más específico: CAMPINS VARGAS A. (2000), “**La Sociedad Profesional**”, Civitas, Madrid, págs. 36 y siguientes, GARCÍA PÉREZ R. (1997) “**El ejercicio en sociedad de profesionales liberales**”, Edit. Bosch, Barcelona, págs. 48 y siguientes; CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO L. (2010), “**El régimen de responsabilidad de las sociedades profesionales**”, Edit. Thomson-Aranzadi, Madrid, págs. 74 y siguientes; PULGAR EZQUERRA J. (2009), “**La reactivación de las sociedades profesionales**”, Revista de Derecho de Sociedades, núm. 32, págs. 210 y siguientes.

<sup>525</sup> Vid. LÓPEZ MÁÑEZ L. E. (2012), “**Administración Concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003**”, cit., pág. 151, “*es previsible que los grandes despachos profesionales y las grandes compañías auditoras puedan ser designados administradores concursales en multitud de concursos, por cuando los grandes despachos y las grandes compañías auditoras tienen reconocidos unos conocimientos y formación especiales y específicos para hacerse cargo de concursos complejos o vinculados a la continuidad de la actividad empresarial, pero los Jueces deberán poner especial cuidado en el análisis del curriculum, experiencia y formación que acrediten las personas físicas que aquellas grandes compañías designen, para evitar que se puedan cometer fraudes o abuso de derecho*”.

Por su parte, el artículo 28 LC<sup>526</sup> dispone su régimen de incompatibilidades, diciendo que no podrán ser Administradores Concursales<sup>527</sup>:

- Quienes estén incapacitados para ejercer de Administradores Concursales, todos aquellos que tengan limitada su capacidad de obrar, o quienes carezca de ésta<sup>528</sup>.
- Los que no puedan ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, según el artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC)<sup>529</sup>.

---

<sup>526</sup> Vid. TIRADO I. (2004), **“Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales”**, cit., pág. 594, comentando de forma genérica el artículo 28 de la Ley Concursal. A este respecto confirma que regula las prohibiciones, incompatibilidades e incapacidades para ser nombrado Administrador Concursal. Hace un breve apunte, consistente en que se trata de una lista cerada, pero que, dada la importancia del cargo, debiera ser interpretada en sentido estricto. Con ello, el autor nos quiere indicar que no pueden extrapolarse más incompatibilidades, prohibiciones e incapacidades, de las establecidas en el precepto, sin embargo, cada una de ellas debiera ser interpretada ampliamente, ya que es la única vía para poder asegurar así la independencia de la Administración Concursal; IÑIGO FUSTER (2011), **“El Administrador Concursal persona jurídica tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”**, *Revista Ceflegal*, núm.130, pág. 71.

<sup>527</sup> Vid. CANDELARIO MACÍAS/RODRÍGUEZ GRILLO (2004), **“La Administración Concursal”**, cit., pág. 173 y 174, en donde establece que serán causas de incapacidad para ser Administrador Concursal, **1.** Quienes no puedan ser administradores de sociedades de capital. **2.** Quienes hubieren sido separados de este cargo durante los dos años anteriores. **3.** Quienes se encuentren inhabilitados temporalmente para el ejercicio del cargo por desaprobación de las cuentas presentadas en un proceso de concurso anterior, en cuyo caso el Juez, en la Sentencia desaprobatória, establecerá el período de la desaprobación. Continúa diciendo que son causas de incompatibilidad las siguientes: **1.** Quienes hubieren estado empleados por el deudor en los tres años anteriores a la declaración del concurso. **2.** Quien hubiere compartido actividades profesionales con el deudor en los tres años anteriores a la declaración de concurso. **3.** El acreedor que sea competidor del deudor en cualquier sentido y ámbito. **4.** Quienes aún cumpliendo con las condiciones subjetivas que el cargo exige, se encuentren en cualquiera de las situaciones previstas en el artículo 51 de la Ley de Medidas de Reforma en el Sistema Financiero, en relación con el propio deudor sus directivos, o un acreedor que represente más del 10% de la masa pasiva del deudor. Por último, establece el autor cuáles son las causas de prohibición, siendo éstas: **1.** Quienes cumplan con las condiciones subjetivas reconocidas en el artículo 27 LC, cuando hubieren sido nombrados Administradores Concursales en más de tres concursos, en los últimos dos años, por ese mismo Juzgado. **2.** Quienes se encuentren vinculados entre sí, personal o profesionalmente.

<sup>528</sup> Vid. TIRADO I. (2004), **“Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales”**, cit., págs. 596 y 597, en las que explica que los menores de edad, los mayores de edad incapacitados por Sentencia Judicial Firme, y todos aquellos que posean una capacidad de obrar limitada, no podrán ser nombrados Administradores Concursales. El autor hace estas consideraciones, habida cuenta de que para el nombramiento de Administrador Concursal, se precisa un plus de profesionalidad, y adecuación al cargo, por lo que, quienes no son aptos para la defensa autónoma de sus derechos civiles, lo serán en menor medida para ejercer esta compleja labor. Añade que, este tipo de personas no pueden ser designadas administradores sociales, al no estar capacitadas civilmente, por lo que en menor medida podrán ser nombradas como Administradores Concursales.

<sup>529</sup> El artículo 213 LSC dispone que **“1.** No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de

- Quienes se encuentren en algunas de las situaciones del artículo 13 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas<sup>530</sup>, en relación con el propio deudor, sus directivos y administradores, o con un acreedor que represente al menos el 10% de la masa pasiva del concurso<sup>531</sup>.
- Aquellas personas que hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con él en los tres últimos años. También se incluyen aquellos que durante este plazo hubieran compartido actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza<sup>532</sup>.
- Quienes esten especialmente relacionados con alguna persona que haya prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos 3 años.

---

calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. 2. Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal.”

<sup>530</sup> Esta condición ha sido modificada tras por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre en este sentido. La anterior redacción se refería a lo previsto en el artículo 51 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

<sup>531</sup> Vid. GARCÍA MARRERO (2011), **“El estatuto de la Administración Concursal: Algunas cuestiones problemáticas sobre su nombramiento”, ponencia de las XXXIII Jornadas de la Abogacía General del Estado**, págs. 12 y 13, quien cita como causa de recusación del Administrador Concursal: *“Cuando se encuentren en alguna de las situaciones del art 51 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, en relación con el deudor, sus directivos o administradores, o con un acreedor que represente más del 10 % de la masa pasiva del concurso”*.

<sup>532</sup> Vid. TIRADO I. (2004), **“Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales”**, cit., págs. 604 a 609, en las que explica este tipo de incompatibilidad. Expone que todos aquellos que hayan prestado relaciones profesionales con el deudor o con personas especialmente relacionadas con el, dentro de los tres años anteriores a su nombramiento, no podrán ser nombrados como Administradores Concurales. La justificación se encuentra en la imparcialidad del Administrador, ya que, en caso contrario podría verse que el Administrador Concursal no sea independiente en el ejercicio de su cargo, dando lugar a desastrosas consecuencias. Considera que el legislador no se refiere a cualquier tipo de relación profesional, sino que ha de tratarse de una relación profesional lo suficientemente estrecha como para poner en tela de juicio la imparcialidad del Administrador Concursal. En todo caso, el Juez tendrá que valorar discrecionalmente si la relación es lo suficientemente estrecha, o si esta relación es con una persona especialmente relacionada con el deudor. Igualmente añade que, no se tratan sólo y exclusivamente de las personas recogidas en el artículo 93 de la Ley Concursal, sino de todas aquellas que, discrecionalmente considere el Juez de lo Mercantil que lo designa.; LÓPEZ MÁÑEZ L.E. (2012), **“Administración Concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003”**, cit., pág. 152, quien dice que esta incompatibilidad no se puede aplicar al Administrador persona jurídica, diciendo que *“Igualmente se excluye a las personas jurídicas de la incompatibilidad para ser nombrado administrador concursal en el caso de que estén vinculadas entre sí personal o profesionalmente [...]”*.

- Quienes, estando inscritos en la Sección IV del Registro Público Concursal, hubieren sido designados por el mismo juzgado como Administradores Concursales en tres concursos, durante los dos años anteriores<sup>533</sup>.
- Quienes hubieren sido separados<sup>534</sup> del cargo de Administrador Concursal en los tres años anteriores por Sentencia judicial firme, ni quienes se encuentren inhabilitados para el ejercicio del cargo en los términos del artículo 181 LC<sup>535</sup> por Sentencia Judicial firme por desaprobación de cuentas<sup>536</sup> del concurso anterior.

<sup>533</sup> Vid. CANDELARIO MACÍAS/RODRÍGUEZ GRILLO (2004), **“La Administración Concursal”**, cit., pág. 174, quienes señalan que el motivo de tal prohibición, radica en que de esta forma se permite la rotación en el cargo, sin que la designación siempre recaiga sobre las mismas personas; LÓPEZ MÁÑEZ L.E. (2012), **“Administración Concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003”**, cit., pág. 152, quien dice que esta incompatibilidad no se podrá aplicar a las personas jurídicas, diciendo que la nueva reforma del artículo 28 de la Ley Concursal. Continúa explicando los motivos que tuvo el legislador para esta reforma, diciendo que *“La razón de ser dicha exclusión estriba en el hecho de que el legislador entiende que las personas jurídicas llamadas a ser nombradas administradores concursales, poseen una importante infraestructura que les permite desarrollar la función de administrador concursal en muchos concursos a la vez, y precisamente, por esta razón, es por lo que se ha criticado con mucha firmeza la admisión de las personas jurídicas como administradores concursales, ya que consideran que por el juego de los artículo 27.1 y 28.4, se da entrada a is grandes despachos y firmas de auditoría, en detrimento de los pequeños”*; TIRADO I. (2004), **“Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales”**, cit., págs. 601 a 603, en las que explica esta prohibición en el mismo sentido expresado. Añade que la justificación de esta prohibición, se basa en que de esta manera se evita que se designe siempre al mismo Administrador Concursal, lo que podría interpretarse como una conducta monopolística. Igualmente añade que, no será necesario que el Administrador Concursal haya tenido un cargo muy alargado en el tiempo. Basta con que haya sido designado y éste haya aceptado el encargo, por breve que haya sido su actuación será tenida en cuenta a estos efectos. Por último precisa que esta prohibición sólo será de aplicación en el caso en que haya candidatos suficientes para poder ejercer el cargo, ya que, en caso de que haya una mayor demanda de Administradores Concursales que candidatos inscritos, se podrá designar a una persona que lo haya sido más de tres veces en los dos años anteriores.

<sup>534</sup> Vid. TIRADO I. (2004), **“Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales”**, cit., pág. 599, *“No podrán ser nombrados quienes hubieran sido separados del cargo de administrador concursal dentro de, los dos años anteriores. Pese a que el tenor literal no establece distinciones, la ineligibilidad de unas personas que ha sido separada del órgano de administración sólo procederá cuando así lo señale el juez en la resolución de separación. El motivo es que esta consecuencia es una sanción que se impone por haber observado un comportamiento que se considera inadecuado para ser administrador. Pero la Ley no regula la separación judicial únicamente como un instrumento para apartar del órgano a sujetos de conducta reprobable. A través de la separación el juez también cesará a aquellos que hayan sido incapacitados, a aquellos aquejados de enfermedad impeditiva [...]”*.

<sup>535</sup> El **artículo 181 LC**, dispone que *“1. Se incluirá una completa rendición de cuentas, que justificará cumplidamente la utilización que se haya hecho de las facultades de administración conferidas, en todos los informes de la administración concursal previos al auto de conclusión del concurso. Igualmente se informará en ellos del resultado y saldo final de las operaciones realizadas, solicitando la aprobación de las mismas. 2. Tanto el deudor como los acreedores podrán formular oposición razonada a la aprobación de las cuentas en el plazo de 15 días a que se refiere el apartado 2 del artículo 176. 3. Si no se formulase oposición, el juez, en el auto de conclusión del concurso, las declarará aprobadas. Si hubiese oposición, la sustanciará por los trámites del incidente concursal y la resolverá con carácter previo en la sentencia, que también resolverá sobre*

- Quienes estén vinculados profesional o personalmente al deudor concursal en los términos del artículo 93 LC<sup>537</sup>.
- Quien haya sido el experto independiente elegido o designado para evaluar el contenido del acuerdo de refinanciación.

No se considera causa de incompatibilidad que el Administrador Concursal sea acreedor, o bien que haya suscrito previamente el Acuerdo de Refinanciación, lo que puede considerarse como un vacío legal<sup>538</sup>.

Sin embargo, el legislador ha introducido un sistema de incompatibilidades tácitamente<sup>539</sup>, y que debe ser unido al descrito en el artículo 28 LC.

---

*la conclusión del concurso. Si hubiese oposición a la aprobación de las cuentas y también a la conclusión del concurso, ambas se sustanciarán en el mismo incidente y se resolverán en la misma sentencia, sin perjuicio de llevar testimonio de ésta a la sección segunda. 4. La aprobación o la desaprobación de las cuentas no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los administradores concursales, pero la desaprobación comportará su inhabilitación temporal para ser nombrados en otros concursos durante un período que determinará el juez en la sentencia de desaprobación y que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años.”*

<sup>536</sup> Vid. TIRADO I. (2004), “**Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales**”, cit., págs. 600 y 601, en la que explica este tipo de prohibición. Considera que para que pueda aplicarse será necesario que concorra una Sentencia Judicial firme en la que se declare la desaprobación de las cuentas rendidas por el Administrador Concursal. Añade que esta prohibición tiene una justificación en sentido doble: **1.** En primer lugar, dice que el Administrador que incumple su deber de rendición de cuentas diligentemente, no es apto para ejercer su cargo, ya que ha demostrado que no cumple con la suficiente profesionalidad exigida por su condición; **2.** En segundo lugar añade que las Sentencias de desaprobación de las cuentas rendidas, implica la inhabilitación del Administrador Concursal para el ejercicio de su cargo, a modo de sanción. Esta inhabilitación tiene una duración que, legalmente, oscila entre los 6 meses y los 2 años de duración. Es por ello por lo que, esta prohibición de nombramiento no es más que la aplicación legal de una inhabilitación impuesta judicialmente.

<sup>537</sup> Vid. CANDELARIO MACÍAS/RODRÍGUEZ GRILLO (2004) “**La administración Concursal**”, cit., pág. 174, en donde dispone que el motivo de esta causa. Es procurar la mayor objetividad de la Administración Concursal en el ejercicio de su cargo, ya que la función que ésta desempeña requiere imparcialidad plena.

<sup>538</sup> Una de las deficiencias del artículo 28 LC, es que no ha sido adecuado a la inserción de la figura de los Acuerdos de Refinanciación. Se reconoce un régimen de incompatibilidades del Administrador, con la finalidad de asegurar la independencia de su función. Sin embargo, al haber incluido los Acuerdos de Refinanciación, debió haberse declarado incompatible el tener intereses en el Acuerdo de Refinanciación. Esto se debe a que el Administrador Concursal es el único legitimado para el ejercicio de los medios de impugnación de los actos que conlleva el Acuerdo, por lo que, si tiene intereses en su prosperidad, nunca ejercitará las acciones antes comentadas. Además no se le podrá compeler a su ejercicio, ya que es el único legitimado en este tipo de casos.

<sup>539</sup> Vid. TIRADO I. (2004), “**Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales**”, cit., pág. 604, “*A los efectos que aquí interesan, las incompatibilidades pueden dividirse en propias y ajenas según que respondan a un intento de la Ley Concursal por asegurar el correcto ejercicio del cargo para el que se crea la incompatibilidad o que vengan impuestas por otras normas para la mejor realización de cargos o actividades externas*”. Con ello el autor nos quiere indicar que las incompatibilidades establecidas en la Ley Concursal son denominadas “incompatibilidades propias”, mientras que las que se encuentren dispuestas en otras Leyes

Este sistema de incompatibilidades se encuentra en el incidente de recusación<sup>540</sup>, regulado en el artículo 32 LC<sup>541</sup>.

Decimos que se trata de un régimen de incompatibilidades tácito, pues no se regula como tal. Si bien el Administrador Concursal podrá ser recusado bajo las causas de recusación y tacha de peritos y Magistrados. Por tanto, estas causas de recusación se pueden considerar parte del sistema de incompatibilidades.

---

serán las “incompatibilidades ajenas”. Con ello se nos da pie a pensar que realmente existen otras incompatibilidades fuera de la Ley Concursal, como son las expuestas en el texto.

<sup>540</sup> El **incidente de recusación** es el medio por el cual se puede remover al Administrador Concursal, del ejercicio de su cargo, en base a unas causas legalmente tasadas. Están legitimados para el la interposición de la recusación todas las personas a su vez legitimadas para instar la declaración de concurso. El incidente de recusación no está sometido a plazo alguno de prescripción, ya que la Ley, solo disponer que se tendrá que interponer en el mismo momento en que se conoció de la causa que la motiva. Ello implica que el recusado pueda demostrar que conocía anteriormente la causa, y que la consintió, lo que es motivo más que suficiente para la desestimación de la recusación. Será tramitado bajo los cauces del incidente concursal, lo que implica que su interposición no tiene efectos suspensivos sobre los actos que haya realizado el Administrador Concursal. La recusación se tendrá que plantear por medio de demanda por escrito, identificando a las partes, alegando expresamente las causas legales en que se funde la recusación, y proponiendo los medios de prueba que el actor estime oportunos. La recusación, al tratarse de un incidente concursal ente el Juez de lo Mercantil precisará la defensa jurídica del Letrado, y representación del Procurador. La competencia para su enjuiciamiento será la del Juez que hubiere declarado el concurso, ya que, al tratarse de un incidente concursal, el Juez será quien absorba toda la competencia de las cuestiones incidentales que surjan en torno al concurso. Por último, cabe destacar que las causas de recusación serán las siguientes: 1. Las establecidas en el artículo 28 LC sobre la incompatibilidad del Administrador Concursal; 2. Las causas de recusación de peritos designados judicialmente, establecidas en el artículo 124 LEC; 3. Las causas de recusación de los Jueces y Magistrados (por remisión directa del artículo 124 LEC) reconocidas en el artículo 219 LOPJ; 4. Las causas de tacha de peritos designados por las partes procesales, dispuestas en el artículo 343 LEC. Información obtenida del resumen de las siguientes obras, y a cuyo contenido me remito para un estudio más preciso: TIRADO I. (2004), “**Recusación**”, en Comentario de la Ley Concursal, AAVV coord. CAMPUZANO ANA BELÉN, dir. ROJO A./BELTRÁN E., Tomo I, Edit. Thomson Civitas, 1ª Edición, Madrid, págs. 669 a 680; CANDELARIO MACÍAS/RODRÍGUEZ GRILLO (2004), págs. 167 y siguientes; GIMÉNEZ SÁNCHEZ (2010), “**Medios de prueba: la prueba pericial**”, en Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil, AAVV coord. por ROBLES GARZÓN, Edit. Tecnos, 2ª Edición, Madrid, pág. 329 y 330 (sobre el perito designado judicialmente); CORTÉS DOMÍNGUEZ/MORENO CATENA (2010), “**El dictamen de peritos**”, Derecho Procesal Civil parte general, edit. Tirant lo Blanch, 4ª Edición, Valencia, págs. 258 y siguientes; MARTÍN PASTOR (2010), “**La prueba pericial**”, en Derecho Procesal Civil, AAVV coord. ORTELLS RAMOS, Edit. Aranzadi, 10ª edición, Pamplona, págs. 406 y siguientes (sobre la tacha de peritos y sus causas); PICÓ I JUNOY (2000), “**EL ARTÍCULO 343**”, en Comentario a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, AAVV coord. GUILARTE GUTIERREZ, director. LORCA NAVARRETE, Edit, Lexnova, Tomo II, Valladolid, págs. 1903 y siguientes (para la tacha de peritos y sus causas); GONZÁLEZ PILLADO/IGLESIAS CANLE (2000) “**La prueba pericial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**”, Revista Jurídica Gallega, núm. 27.

<sup>541</sup> El **artículo 32 de la Ley Concursal** establece que “**1. Los administradores concursales podrán ser recusados por cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso. 2. Son causas de recusación las circunstancias constitutivas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición a que se refiere el artículo 28, así como las establecidas en la legislación procesal civil para la recusación de peritos. 3. La recusación habrá de promoverse tan pronto como el recusante tenga conocimiento de la causa en que se funde. 4. La recusación no tendrá efectos suspensivos y se sustanciará por los cauces del incidente concursal. El recusado seguirá actuando como administrador concursal, sin que la resolución que recaiga afecte a la validez de las actuaciones.**”

El administrador concursal será designado por el Juez competente de entre los inscritos en la Sección Cuarta del Registro Público Concursal<sup>542</sup>, según turno correlativo<sup>543</sup>. Precisa que hayan mostrado disponibilidad para ejercer sus funciones en la demarcación territorial de dicho Juzgado (según la nueva redacción<sup>544</sup> del artículo 27.5 LC tras la reforma por la Ley 17/2014, de, 30 de septiembre).

Esta regla plantea una excepción recogida en el párrafo segundo del artículo 27.5 LC. Cuando se trate de un concurso de gran tamaño<sup>545</sup>, el Juez podrá saltarse el turno de manera motivada<sup>546</sup>.

La designación se efectuará por medio de una comunicación, bajo el medio más rápido de notificación, según lo establecido en el artículo 29 de la Ley Concursal<sup>547</sup>.

---

<sup>542</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), "**Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas**", cit., pág. 15, "*En este ámbito, la Sección Cuarta del Registro Público Concursal sustituirá a las actuales listas en los decanatos de los juzgados, estructurándose la designación de la administración concursal sobre la base de la clasificación de los concursos en función de su tamaño, con el fin de modular, sobre la base de este elemento, los requisitos exigidos a la administración concursal, sistematizándose las funciones atribuidas a la administración concursal en función de cada tipo de procedimiento y la concreta fase concursal a la que resulten de aplicación*".

<sup>543</sup> Según la nueva redacción del artículo 27.5 LC, la designación se hará por turno correlativo, debiendo designarse por sorteo al primero del turno.

<sup>544</sup> Antes de la dicha reforma, la designación se hacía discrecionalmente por el Juez del concurso, eligiendo de entre los que se hallaren inscritos en las listas del Juzgado Decano. Debía elegirlos según el principio de equidad, aunque éste podría ser trasgredido por razones de idoneidad de un administrador concursal. Para un mayor estudio de el anterior sistema de designación, vease LÓPEZ MAÑEZ L.E. (2012), "**Administración Concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003**", cit., págs.. 147 y 148.

<sup>545</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), "**Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas**", cit., págs. 14 y 15, en las que explica que tras la reforma por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, los concursos se podrán clasificar en concursos de mayor o menor tamaño. Con ello se persigue que el Administrador Concursal sea designado en función de su idoneidad para tramitar un concurso más o menos completo, en base al tamaño del mismo. Esta clasificación es esbozada a lo largo del artículo 27 LC, pero será desarrollada por medio de, la vía reglamentaria.

<sup>546</sup> Según el art. 27.5 párrafo segundo in fine, el Juez tendrá que motivar esta designación en base a: "*la especialización o experiencia previa acreditada en el sector de actividad del concursado, la experiencia con instrumentos financieros empleados por el deudor para su financiación o con expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales.*"

<sup>547</sup> El **artículo 29 de la Ley Concursal** dispone que "*El nombramiento de administrador concursal será comunicado al designado por el medio más rápido. Dentro de los cinco días siguientes al de recibo de la comunicación, el designado deberá comparecer ante el juzgado para acreditar que tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto en los términos que se desarrollen reglamentariamente, para responder de los posibles daños en el ejercicio de su función y manifestar si acepta o no el encargo. Cuando el administrador concursal sea una persona jurídica recaerá sobre ésta la exigencia de suscripción del seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente.*"

En caso de no estar bajo ninguna causa de recusación, el administrador concursal designado tendrá que **aceptar el encargo** dentro de los próximos 5 días desde que recibió la comunicación<sup>548</sup>. La aceptación se tendrá que formalizar por medio de comparecencia ante el Juzgado, acreditando que posee un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente<sup>549</sup>, para poder hacer frente al riesgo que entraña el cargo.

En caso en que no se hubiere formalizado la aceptación correctamente<sup>550</sup>, el Juez procederá a una nueva designación. Asimismo, sancionará al que fue inicialmente elegido con la imposibilidad de ejercer su cargo en el partido judicial por tres años.

Además del ejercicio de la acción rescisoria, el administrador concursal tiene una serie de derechos y obligaciones<sup>551</sup>.

Tras la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, se ha introducido un artículo 33 LC, el cual precisa cada una de las funciones<sup>552</sup> del Administrador Concursal a lo largo de todo el proceso.

---

<sup>548</sup> Vid. LÓPEZ MÁÑEZ L.E. (2012), **“Administración Concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003”**, cit., pág. 148, *“lo cierto es que el administrador concursal dispone de un plazo de cinco días desde que se le comunica su designación para comparecer en el Juzgado, aceptar el cargo y acreditar que tiene suscrito el seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente”*.

<sup>549</sup> Vid. LÓPEZ MÁÑEZ L.E. (2012), **“Administración Concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003”**, cit., págs. 147 y 153, en las que expone que el administrador concursal tendrá que tener un seguro de responsabilidad civil, o cualquier tipo de prestación diferente que supla la función de este tipo de seguros. El seguro tendrá que cubrir los imprevistos y riesgos que entraña el concurso, ya que de lo contrario será necesario que el administrador concursal amplíe su seguro. Para esta ampliación el Juez tendrá que conceder un plazo.

<sup>550</sup> Vid. LÓPEZ MÁÑEZ L.E. (2012), **“Administración Concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003”**, cit., pág. 153, en este sentido.

<sup>551</sup> En lo referente a los **derechos** del administrador concursal, son los siguientes: **1.** Derecho a solicitar la acumulación de los concursos ya declarados (art. 85 bis LC); **2.** Derecho a alterar el orden de vencimiento en el pago de los créditos contra la masa (art. 84.3 LC); **3.** Derecho a encomendar a los administradores en el convenio el ejercicio de cualesquiera funciones en la sociedad (art. 133.4 LC); **4.** Derecho a solicitar la apertura de la fase de liquidación (art. 142.3 LC). En lo que respecta a las **obligaciones** del administrador concursal, serán las siguientes: **1.** Obligación de disponer de los bienes de la sociedad concursada, sin autorización judicial previa, cuando con ello se garantice la viabilidad de la empresa (art. 43.3 LC); **2.** Obligación de justificar las causas de extinción de los contratos de trabajo (art. 44.4 LC); **3.** Deber de presentar las declaraciones y autoliquidaciones con carácter subsidiario (art. 86.3 LC); **4.** Deber de incluir de oficio las modificaciones que procedan en los textos definitivos (art. 87.8 LC); **5.** Deber de notificar al Juez sobre la pretendida modificación de los textos definitivos (art. 97 bis LC); **6.** Obligación de presentar al Juez un informe final y justificativo sobre las operaciones realizadas (art. 152.2 LC); **7.** Obligación de solicitar la ejecución de sentencia que declara el concurso culpable (art. 172 bis LC); **8.** Obligación de comunicar al Juez la conclusión del concurso por insuficiencia de, la masa activa para hacer frente al pago de todos los créditos (art. 176 bis LC). Para una lectura más extendida sobre cada uno de los derechos y deberes del administrador concursal véase: LÓPEZ MÁÑEZ L.E. (2012), **“Administración Concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003”**, cit., págs. 164 a 170;

<sup>552</sup> Nos remitimos al propio precepto en aras de la mayor brevedad posible, dada su extensión.

## 2.1.4 Conclusiones sobre la irrevocabilidad del Acuerdo de Refinanciación.

El blindaje de los acuerdos de refinanciación no es tan completo como la Ley Concursal predica, sino que contra los acuerdos de refinanciación cabe interponer una serie de acciones.

Contra los acuerdos de refinanciación atípicos y acuerdos típicos que devienen en atípicos, cabrá interponer las acciones rescisorias, pauliana (artículo 1291.3 Cc) o de nulidad por ilicitud o falsedad de causa (artículo 1301 Cc). Se exige que cumplan con los requisitos que para estas acciones prevé la legislación civil y concursal. Sin embargo, resulta realmente difícil rescindir o impugnar los pactos que conforman el Acuerdo de Refinanciación.<sup>553</sup>

Contra los acuerdos de refinanciación típicos sólo caben las acciones pauliana y de nulidad por ilicitud de causa, ya que así lo establece expresamente el artículo 72.2 LC, autorizando el ejercicio de estas acciones. Igualmente será necesario el cumplimiento de los requisitos necesarios para su ejercicio.

En todo caso, se trate de la acción rescisoria o de las acciones de impugnación, la legitimación para el ejercicio de las mismas corresponde únicamente a la Administración Concursal. Sólo estarán legitimados los acreedores cuando se tratare de un acuerdo atípico desde sus inicios, pues así se establece tácitamente en el artículo 72.2 LC.

Por consiguiente se está imponiendo a los acreedores la validez y eficacia de los pactos del Acuerdo de Refinanciación. Contra ellos se podrán interponer las acciones impugnatorias, aunque su prosperidad será muy reducida al tener que cumplir con unos requisitos realmente taxativos.

Pero en caso de concurrir los requisitos, su ejercicio no corresponde a los acreedores. Sólo el Administrador Concursal estará legitimado para el ejercicio de estas acciones de impugnación.

De modo que se les ha impuesto a los acreedores la validez de los Acuerdos. Tendrán que ceder la legitimación a un tercero, no gozando de ningún medio para compeler al Administrador Concursal al ejercicio de tales acciones.

Así, los derechos e intereses de los acreedores se ven afectado seriamente. No sólo se tienen pocas posibilidades para poner en entredicho la viabilidad e idoneidad del Acuerdo, sino que además no depende de ellos.

---

<sup>553</sup> Vid. ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), “El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente”, cit., pág. 231, en este sentido.

Pero no sólo se perjudica a los acreedores extaños al Acuerdo. También a los acreedores que lo han ratificado, pues las operaciones que realizan no son completamente protegidas de este tipo de acciones.

Por todo ello, podemos decir que la actual regulación del privilegio de la irrevocabilidad es incompleto, y perjudicial. Incompleto al no proteger debidamente los Acuerdos ni a quienes los ratifican. Perjudicial, ya que no permite la defensa de los derechos de los acreedores que no lo han ratificado, no correspondiéndoles la legitimación para tutelar sus intereses.

## 2.2 La irrevocabilidad en el Derecho italiano.

En Italia, la Legge Fallimentare, en su artículo 67 III e)<sup>554</sup>, se dispone que los actos jurídicos para la ejecución de los acuerdos de refinanciación judicialmente homologados, no podrán ser objeto de acción revocatoria<sup>555</sup>.

La doctrina la considera como una norma excepcional<sup>556</sup> que deroga la aplicación del régimen de la acción rescisoria concursal establecido en el artículo 67 Legg. Fall.

Se refiere a TODOS los negocios jurídicos que formen parte de la ejecución del acuerdo (en el sentido del artículo 182 bis Legg. Fall), con independencia de que se trate de actos reconocidos en el artículo 67 I y II Legg. Fall<sup>557</sup>. como revocables.

---

<sup>554</sup> El artículo 67 III e) Legg. Fall., dispone, “Non sono soggetti all’azione revocatoria: [...] e) gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché dell’accordo omologato ai sensi dell’articolo 182bis nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all’articolo 161.”

<sup>555</sup> Vid. VALENSISE P. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare**”, cit. pág. 489 en la que refiere la exención de la acción revocatoria para los actos de ejecución de los acuerdos de refinanciación; TRENTINI C (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 319, en el mismo sentido; ROMANO D. (2013), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012**”, cit., pág. 14, en el mismo sentido, añadiendo que tendrán que preverse expresamente en el propio Acuerdo de Refinanciación; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 439, en este sentido; GALARDO M. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa**”, cit., pág. 154, en este sentido; APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., págs. 169 a 172, en este sentido.

<sup>556</sup> Vid. TRENTINI C (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 322, “*va tenuto presente che le norme in tema di esenzione dalla revocatoria sono norme eccezionali, come tale insuscettibili di ogni possibile interpretazione analogica*”; BONFATTI S. (2010), “**Los paraguas protectores de los acuerdos extrajudiciales para prevenir y superar la crisis de la empresa en las reformas de las leyes concursales española e italiana**”, cit., págs. 399 y 403, en las que explica que estos actos son una excepción al régimen de la acción rescisoria; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1256, en este sentido. El autor dice que el deudor podrá realizar pagos irrevocables, con independencia de que se haga con medios normales o anormales de pago. Con ello nos indica el carácter excepcional de la regla, pues los pagos con medios anormales serán rescindibles, salvo en este caso.

<sup>557</sup> Vid. TRENTINI C. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., págs. 324 y 325, en las que considera que esta protección hace mayor hincapié en los negocios jurídicos establecidos en el

Será preciso<sup>558</sup> que este tipo de negocios jurídicos, sean efectivos para la ejecución del Acuerdo de Refinanciación, además de procurar la mayor satisfacción de los acreedores no adheridos al mismo. La valoración de la satisfacción de los acreedores viene dada por el legislador en los términos del artículo 182 bis I a) y b) Legg. Fall.

Esta medida de irrevocabilidad, tiene efectividad desde la fecha de publicación<sup>559</sup> de la demanda de homologación del Acuerdo de Refinanciación.

Con ello el legislador italiano busca<sup>560</sup> proteger a los acuerdos de refinanciación de cualquier actuación que pueda afectar a su ejecución, procurando en todo

---

artículo 67 como revocables. Así, opina que será irrevocables: cualquier negocios jurídico realizado con cualquier tercero, la utilización de medio anormales de pago en el negocio jurídico, y demás supuestos establecidos en el artículo 67 I y II Legg. Fall, como expresamente revocables. Excluye expresamente de la irrevocabilidad los negocios gratuitos, *“va escluso che l’esenzione possa riguardare gli atti a titolo gratuito: in primo luogo, perché l’esenzione è prevista per la revocatoria e non per l’azione d’inefficacia, in secondo luogo, perché non si vede al motivo per cui, in una situazione di crisi, dovrebbero essere fatti salvi gli atti a titolo gratuito, con cui il debitore diminuisce il proprio patrimonio senza corrispettivo di sorta”*; VALENSISE P. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare”**, cit., pág. 494, donde declara que se hará una lectura amplia del artículo 67 III e) Legg. Fall., diciendo que no se refiere a unos negocios jurídicos específicos, sino que esta protección se extiende a todos los negocios jurídicos de ejecución del acuerdo de refinanciación; BONFATTI S. (2010), **“Los paraguas protectores de los acuerdos extrajudiciales para prevenir y superar la crisis de la empresa en las reformas de las leyes concursales española e italiana”**, cit., págs. 399 y 403, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 170, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., págs. 1255 y 1256, en este sentido, cuando dice que no se trata de actos tasados, sino de actos de ejecución del Acuerdo. Así, el pago de acreedores disidentes, o bien el pago de gastos del procedimiento de homologación del Acuerdo de Refinanciación, serán irrevocables.

<sup>558</sup> Vid. VALENSISE P. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare”**, cit., pág. 491, en la que piensa que para que la protección sea efectiva, será necesario que estos negocios de ejecución del acuerdo de refinanciación, vayan encaminados a la satisfacción de los acreedores no adheridos. Para valorar esta satisfacción, el autor se remite a lo dispuesto en el artículo 182 bis I a) y b). En la pág. 494, vuelve a pronunciarse sobre la necesidad de que los negocios jurídicos en cuestión tengan que satisfacer a todos los acreedores que no se han adheridos al acuerdo de refinanciación, ya que, de lo contrario estos negocios podrían ser revocables; GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa”**, cit., pág. 154, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., págs. 169 y 170 en este sentido. Añade que no tienen que ser previstos expresamente en el Acuerdo de Refinanciación. Bastará con que sean objetivamente necesarios para la correcta ejecución del Acuerdo de Refinanciación; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1255, en este sentido. Precisa que han de tratarse de actos necesarios para la ejecución del Acuerdo de Refinanciación.

<sup>559</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1255, en este sentido.

<sup>560</sup> Vid. TRENTINI C. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit, pág. 321, donde dice que *“la esenzione trova la sua ragione in questo, che le convenzionin e i concordati stragiudiziali incontrano una seria remora nel timore che, nel caso in cui segua il fallimento, gli atti compiuti in esecuzione delle interesse finiscano per essere impugnati con el conseguenze ben note; [...], l’esenzione dalla revocatoria è il più importante vantaggio che gli accordi assicurano all’imprenditore in crisi che decida di superare le difficoltà facendo ricorso all’instituto di cui all’art. 182-bis Legg. Fall.”*; GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti:**

momento que la viabilidad de este instituto preconcursal no pueda ser vulnerada por intereses privados<sup>561</sup>. De hecho, es considerado como el principal efecto<sup>562</sup> de la homologación del acuerdo de refinanciación.

Hemos de partir de la **declaración de concurso**<sup>563</sup>, ya que de lo contrario, no podríamos hablar de la acción revocatoria concursal, ni de la acción pauliana concursal. Ello se debe a que son acciones reservadas para los procesos concursales, por lo que, no habiéndose declarado el concurso, habría que acudir a las acciones civiles que procuran la ineficacia de los negocios jurídicos (acción pauliana ex art. 2901 ss Cc, acción de nulidad ex art. 1418 ss Cc, y acción de anulabilidad ex art. 1425 ss Cc).

En lo que refiere al ejercicio de la eventual acción revocatoria, la legitimación activa para poder ejercitarla corresponde de modo exclusivo al Administrador

---

**Risanare l'impresa**", cit., págs. 152 y 153, en las que especifica que el Acuerdo de Refinanciación responde a un interés público, ya que tiene incidencia en la economía de mercado. Por ello se le dota de esta protección.

<sup>561</sup> Vid. TRENTINI C. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit., pág. 323, diciendo que es una forma por la que se puede satisfacer a los acreedores, sin que puedan ser revocados tales actos, eliminando la posibilidad de que devengan en ineficaces en base a intereses privados; GALARDO M. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l'impresa**", cit., pág. 152 y 153, en este sentido, justificando que de esta forma se evita truncar el Acuerdo por intereses privados.

<sup>562</sup> Vid. TRENTINI C. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit. pág. 319, donde considera que "*il principale effetto dell'omologazione è l'esenzione dalla revocatoria degli atti, garanzie e pagamenti posti in essere in esecuzione degli accordi. È stato affermato che l'esenzione dalla revocatoria è il principale, ed il più rilevante, effetto dell'omologazione*"; VALENSISE P. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare**", cit., pág. 489, en el mismo sentido, diciendo que es uno de los efectos más importantes de la homologación del acuerdo de refinanciación; APPIO C. L. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione del debito**", cit., pág. 168, en este sentido; ROMANO D. (2013), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012**", cit., pág. 4, en este sentido; GALARDO M. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l'impresa**", cit., pág. 125.

<sup>563</sup> No es preciso que se haya declarado el concurso para que los actos de ejecución del acuerdo de refinanciación sean irrevocables, ya que este régimen excepcional adquiere eficacia desde la fecha de publicación de la demanda de homologación del acuerdo de refinanciación. En este sentido vid. VALENSISE P. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare**", cit. pág. 494, donde se expone que la exención de la acción revocatoria opera sin que sea necesario que se haya declarado el concurso; APPIO C. L. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione del debito**", cit., pág. 168, en este sentido, diciendo que la irrevocabilidad, así como el resto de privilegios del Acuerdo de Refinanciación, sólo son eficaces una vez se ha declarado el concurso.

concurzal<sup>564</sup> (il curatore fallimentare), tal y como disponen los artículo 66 y 67 Legg. Fall. Por consiguiente, ningún acreedor podrá ejercerla<sup>565</sup>.

Visto que la medida de protección española no es tan efectiva, comprobaremos la regulación de la misma en Italia. Con ello pretendemos determinar cual de los regímenes de irrevocabilidad es más eficaz.

Para ello estudiaremos, al igual que hemos hecho en el sistema español, las diferentes acciones que se podrían ejercitar, hipotéticamente.

### 2.2.1 Acción revocatoria

En primer lugar nos encontramos con la acción revocatoria concurzal, regulada en el artículo 67 Legg. Fall.

En cuanto a su **definición**, se trata de una acción, por la cual se declara la ineficacia relativa de una serie de actos realizados por el deudor, durante un período de tiempo tasado anterior a la declaración de concurso (período sospechoso), por ser perjudiciales para el pasivo concurzal. Es una acción destinada a garantizar el principio de la “par conditio creditorum”<sup>566</sup>, ya que de esta forma, se evita un perjuicio patrimonial a todos los acreedores, integrantes del pasivo concurzal.

Se trata de una acción que procura la recomposición del patrimonio del deudor<sup>567</sup> concurzal, reclamando los bienes y derechos que han salido de su patrimonio indebidamente, evitando el perjuicio de los acreedores concursales.

---

<sup>564</sup> Vid. DEL GIUDICE F. (2012), “**Legge Fallimentare Esplicata. La normativa spiegata articolo per articolo**”, supervisata da VOLIO A., diretta e coordinata da DI MAJO D., edit. Simone, edizione VI, Napoli, págs. 111 sobre la legitimación única de la administración concurzal en el ejercicio de la acción pauliana concurzal, y pág. 115 para la legitimación exclusiva de la administración concurzal en el ejercicio de la acción revocatoria concurzal.

<sup>565</sup> Todo lo referente a la legitimación activa del ejercicio de la acción revocatoria será estudiado en el apartado **3.2.2 Problemas derivados de la legitimación en la acción rescisoria contra los acuerdos de refinanciación en Italia**.

<sup>566</sup> Vid. POLISENO B. (2011), “**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, **Manuale di diritto fallimentare**, AAVV a cura di TRISORIO G., edit. Giuffrè, Milano, pág. 136, en la que la autora considera que la acción revocatoria concurzal revoca todos los actos realizados por el deudor en un período de tiempo indicado en la Legg. Fall., por ser perjudiciales para el pasivo. Añade “*la revocatoria fallimentare, intesa in senso classico, rifflette l’esigenza di garantire il principio della par conditio dei creditori coinvolti nella crisi dell’impresa*”; **Cassazione, Sez. I di 10 di dicembre 1987, num. 9122**, en la que se especifica que la acción revocatoria no sólo impide la enajenación fraudulenta de bienes del deudor, sino la propia par conditio creditorum.

<sup>567</sup> Vid. FIALE A (2012), “**Diritto Fallimentare**”, cit., pág. 153, “*La cui finalità è, infatti, quella di ricostruire il patrimonio dell’imprenditore fallito, richiamando in esso beni che ne siano usciti o espellendo da esso debiti o garanzie che siano venuti a farne parte illegittimamente*”; FIALE A. (2011), “**Diritto Fallimentare**”, edit. Simone, edizione XIX, Napoli, pág. 154, en la que realizó la misma afirmación que en su obra de 2012, en el mismo sentido.; D’ARRIGO C. (2009), “**Pagamento di cambiale scaduta, atti fra coniugi, decadenza dall’azione, revocatoria ordinaria**”, **Fallimento**

La jurisprudencia<sup>568</sup> la considera como una acción tendente a garantizar los derechos de los acreedores frente a actos que les perjudican. Su éxito implica la declaración de ineficacia de todas aquellas disposiciones patrimoniales que minoran las posibilidades de los acreedores de hacer efectivos sus créditos.

Respecto a las **características** de esta acción, la doctrina<sup>569</sup> considera que son las siguientes:

- Se trata de una acción colectiva, ya que no sólo beneficia a un acreedor específico, sino que se ejercitá en pro de los derechos de todos los acreedores concursales.
- Se extiende a un estado de preinsolvencia, ya que procura revocar todos aquellos actos perjudiciales que se hubiesen constituido en un período anterior a la declaración del concurso.

Respecto a la **naturaleza jurídica**, como una acción procesal, la doctrina<sup>570</sup> distingue dos posturas diferentes:

- La concepción procesal: sostiene que esta acción no busca la declaración de ningún derecho, sino la recomposición del patrimonio del deudor, por

---

**e le altre procedura concorsuali**, AAVV a cura di FAUCEGLIA/PANZANI, Edit. Ute Giuridica, Torino, pág. 685 en el mismo sentido, añadiendo en la página 686 un matiz basado en la resitución del valor del bien en caso de que no se pueda reintegrar el bien “per se”, diciendo “*l’oggetto dell’azione corrisponde invece all’importo corrisposto al portatore del titolo dal debitore*”.

<sup>568</sup> Vid. **Cassazione Sez. III di 30 di luglio 2004, num. 14625**, en este sentido, diciendo que la acción revocatoria es una acción por la que se protegen los derechos e intereses de los acreedores. De esta forma se declaran ineficaces todos aquellos actos que, válidamente celebrados, provoquen un perjuicio a la masa, o alteren la par conditio creditorum; **Corte d’Appello di Bari, Sez. I, di 30 di dicembre 2008m num. 1180**, en la que se define la acción revocatoria en este sentido; **Corte d’Appello di Firenze, Sez. I di 11 di marzo 2004**, en el mismo sentido, como una medida de protección de los intereses de los acreedores; **Corte d’Appello di Firenze, Sez. I di 28 di febbraio 2005, num. 425**, en la que se define la acción rescisoria concursal diferenciándola de la pauliana. La conceptúa como aquella acción de ineficacia relativa fundada en el perjuicio que provoca al resto de acreedores. De hecho precisa que la diferencia entre la acción revocatoria concursal y la acción pauliana radica en que la primera no precisa del elemento subjetivo, mientras que la segunda sí; **Tribunale di Teramo di 5 di febbraio 2013, num. 91**, en este sentido, definiendo la acción rescisoria concursal.

<sup>569</sup> Vid. FIALE A. (2011), “**Diritto Fallimentare**”, cit., pág. 155, en la que explica las dos características conceptuales de la acción revocatoria concursal.

<sup>570</sup> Vid. FIALE A. (2011), “**Diritto Fallimentare**”, cit., pág. 164 y 165, en la que recoge ambas posturas diciendo que: **LA POSTURA PROCESAL** se basa en que “*non ha come fine il riconoscimento di un diritto sostanziale sul bene oggetto del negozio, ma soltanto è rivolta a ricondurre tal bene nel patrimonio del fallito, limitandose a dichiarare l’inefficacia del negozio nei confronti dei reditori, senza entrare nel merito e nella sostanza del negozio medesimo*”, mientras que la **POSTURA SUSTACIAL**, “*Nell’ambito di questa concezione è stato affermato che la revocatoria fallimentare trova il suo fondamento in un illecito del debitore e nella partecipazione del terzo a tal illecito, se l’atto è a titolo oneroso, e nell’indebito arricchimento, se l’atto invece è a titolo gratuito*”; FIALE A. (2012), “**Diritto Fallimentare**”, cit., pág. 163, en el mismo sentido, realizando la misma afirmación.

medio de una declaración de ineficacia del negocio jurídico, sin llegar a entrar en el contenido sustantivo del negocio jurídico.

- La postura sustancial: plantea que la base de la acción revocatoria se muestra en una ilicitud. El acto es revocado por ser ilícito, con o sin la participación culposa o dolosa del tercero adquirente. Por ello con esta acción se pretende un efecto constitutivo<sup>571</sup>, ya que la otra parte contractual puede adquirir un derecho de crédito por valor de lo restituido.

Se trata de una acción de ineficacia relativa<sup>572</sup>, pues provocará la ineficacia de negocios jurídicos válidos. Sin embargo, esta ineficacia no es plena, ya que subsiste una relación jurídica entre el deudor y el tercero con quien se efectúa el negocio declarado ineficaz.

La jurisprudencia<sup>573</sup> ha añadido que la acción revocatoria concursal tiene además una naturaleza distributiva, ya que no beneficia a quien la ejercita, sino que el valor de la restitución pasa a tutelar los intereses de todos los acreedores.

---

<sup>571</sup> Vid. D'ARRIGO C. (2009), "**Pagamento di cambiale scaduta, atti fra coniugi, decadenza dall'azione, revocatoria ordinaria**", cit., pág. 697 "*Infatti, anteriormente all'accogliemnto giudiziale della domanda non esiste alcun credito della massa alla restituzione della somma pagata o dei beni alienati. Tanto meno un simile credito esiste già prima del fallimento ed a prescindere dall'esperienza dell'azione giudiziale*".

<sup>572</sup> Vid. FIALE A(2012), "**Diritto fallimentare**", edit. Simone, edizione XX, Napoli, pág. 153, en la que dice que esta acción provoca la ineficacia relativa de los actos jurídicos, ya que se retrotrae el acto revocado, sin embargo sí puede producir ciertos derechos, sobretudo en el caso del tercero subadquirente de buena fe. Lo precisa diciendo "*Gli effetti della revocatoria fallimentare sono, tuttavia, identici a quelli della revocatori ordinaria, in quanto anch'essa importa l'inefficacia relativa degli atti compiuti in frode ai creditori*"; **Cassazione, Sez. II di 14 di giugno 2007, num. 13972**, "*L'atto di disposizione resta valido tra le parti che lo hanno posto in essere ed i beni oggetto dell'atto sono trasferiti nella titolarità dell'acquirente. Ed infatti, l'accoglimento dell'azione revocatoria non comporta il travolgimento dell'atto di disposizione ed il rientro dei beni nel patrimonio del debitore alienante, con conseguente devoluzione dei beni stessi agli eredi, ma semplicemente l'inefficacia dell'atto nei confronti del creditore che ha vittoriosamente esperito l'azione*"; **Cassazione, Sez. II di 10 di febbraio 1997, num. 1227**, en el mismo sentido; **Cassazione, Sez- I di 21 di giugno 2000, num. 8419**, en este sentido; **Cassazione, Sez. III di 30 di luglio 2004, num. 14625**, en este sentido; **Tribunale Reggio Emilia di 27 di agosto 2011, num. 1337**, en la que se dice que de la declaración de ineficacia surge un derecho de reembolso del tercero obligado a restituir, para contra la masa activa del deudor, por lo que se deduce que continúa una relación jurídica entre ambos, siendo por consiguiente una declaración de ineficacia relativa; **Corte d'Appello di Bari, Sez. I di 30 di dicembre 2008, num. 1180**, en este sentido; **Corte d'Appello l'Aquila di 5 di ottobre 2011, num. 995**, en este sentido; **Corte d'Appello di Firenze, Sez. I, di 11 di marzo 2004**, en este sentido; **Tribunale di Teramo di 5 di febbraio 2013, num. 91**, en este sentido, aplicado a la acción pauliana, pero al tratarse de acciones tan semejantes, y encaminadas a la misma finalidad, puede aplicarse la misma naturaleza jurídica; **Tribunale di Roma, Sez. X, di 27 di maggio 2013, num. 11548**, en el mismo sentido atribuyéndosela también a la acción pauliana.

<sup>573</sup> Vid. **Cassazione, Sez. Unita di 28 di marzo 2006, num. 7028**, en este sentido; **Corte d'Appello di Napoli di 11 di luglio 2008**, en este sentido; **Tribunale di Teramo di 5 di febbraio 2013, num. 91**,

En lo que respecta a los **requisitos** para el ejercicio de la acción, son los siguientes:

- El acto revocado tiene que ser un negocio jurídico legalmente constituido<sup>574</sup> y válido, ya que sólo aquello que es correctamente celebrado, puede ser declarado ineficaz y revocado.
- No será necesario demostrar el perjuicio patrimonial causado<sup>575</sup>, se presume. Esta presunción se basa en que el acto ha sido realizado dentro del período sospechoso, previo a la declaración del concurso. El “perjuicio patrimonial”, es un concepto jurídico indeterminado que necesita ser delimitado para cada uno de los casos. Así, la jurisprudencia<sup>576</sup> lo

---

en este sentido; **Corte d’Appello di Bari, Sez. I di 30 di dicembre di 2008, num. 1180**, en este sentido.

<sup>574</sup> Vid. POLISENO B. (2011), “**Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 136, “*revoca tutti quei atti che, pur legittimamente compiuti dal debitore nell’arco temporale indicato dalla legge*”; **Tribunale di Reggio Emilia di 27 di agosto 2011, num. 1337**, “*Al contrario, si tirengono condivisibili le diverse pronunce secondo le quali il vittorioso esperimento dell’azione revocatoria non presuppone l’accertamento di una invalidità dell’atto*”; **Tribunale di Roma, Sez. III, di 5 di febbraio 2008, num. 2688**, en el mismo sentido diferenciando entre las acciones revocatorias (concurstal y civil) y la acción de nulidad. Así dispone que si el negocio jurídico adolece de vicios será objeto de nulidad, mientras que si está perfectamente constituido, sólo será revocable, en tanto en cuanto sea perjudicial para los intereses de los acreedores; **Cassazione, Sez. I di 21 di giugno 2000, num. 8419**, en la que se dice que la acción revocatoria parte de un negocio válidamente celebrado; **Cassazione, Sez. III di 24 di luglio 2003, num. 11561**, en este sentido, estableciendo que esta es la principal diferencia con la acción de nulidad.

<sup>575</sup> Vid. POLISENO B. (2011), “**Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 136, “*essa non presuppone la dimostrazione di un danno patrimoniale, essendo sufficiente che, per effetto dell’atto oggetto di revoca, si sia verificata un alterazione della par condicio creditorum ricollegabile, per presunzione legale ed assoluta, all’uscita del bene dalla massa creditoria.*”; **Corte d’Appello di Bari, Sez. I di 30 di dicembre 2008, num. 1180**, en la que se estipula que todo acto patrimonial en perjuicio de acreedores será objeto de rescisión a través de la acción revocatoria concursal; **Cassazione, Sez. Unita di 28 di marzo 2006, num. 7028**, en la que se considera que en la acción revocatoria concursal no se tiene que acreditar el perjuicio patrimonial, ya que éste se presume; **Cassazione, Sez. I di 3 di maggio 2007, num. 10208**, en este sentido diciendo que cualquier acto de disposición que provoque un descubierto en el patrimonio del deudor, será revocable.

<sup>576</sup> Vid. **Cassazione, Sez. I di 10 di dicembre 1987, num. 9122**, “*dell’eventus damni, il quale può dirsi realizzato non soltanto quando l’atto compiuto fa venir meno ogni garanzia in favore dei creditori, ma anche quando la diminuzione del patrimonio dell’alienante renda semplicemente inadeguato al soddisfacimento delle ragioni dei creditori medesimi*”; **Cassazione, Sez. I di 12 di settembre 1998, num. 9092**, en este sentido; **Cassazione, Sez. III di 9 di aprile 2009, num. 8680**, en este sentido; **Cassazione, Sez. Unita di 28 di marzo 2006, num. 7028**, en este sentido; **Corte d’Appello di Firenze, Sez. I, di 28 di febbraio 2005, num. 425**, en este sentido; **Tribunale di Teramo di 05 di febbraio 2013, num. 91**, en el mismo sentido; **Corte d’Appello di Roma, Sez. I, di 12 di settembre 2011**, en el mismo sentido; **Corte d’Appello di Bari, Sez. I di 30 di dicembre 2008, num. 1180**, en el mismo sentido; **Tribunale di Arezzo di 3 di maggio 2013, num. 463**, en el que se dice que todo acto patrimonial que se haya realizado dentro del período sospechoso, será objeto de revocación en el caso en que revierta un perjuicio de acreedores; **Cassazione, Sez. I di 3 di maggio 2007, num. 10208**, en la que se permite la revocación de los pagos que un tercero haya hecho en nombre del deudor, ya que son inmeditamente exigibles, lo que alteraría a la par condicio creditorum; **Corte d’Appello di Firenze, Sez. I, di 11 di marzo 2004**, en e mismo sentido

considera de forma amplia. Es decir, no sólo la minoración del patrimonio del deudor de forma efectiva, sino también la afectación a la par conditio creditorum.

- El acto revocable tiene que haberse realizado dentro del período sospechoso tasado por el legislador<sup>577</sup>. Este lapso temporal variará según el tipo de acto revocable. Así, en el caso de actos patrimoniales onerosos anormales ex art. 67 I 1), 2) y 3) Legg. Fall., tendrán que haberse realizado en el año anterior a la declaración del concurso. Para el caso de negocios onerosos normales ex art. 67 II, y 67 I 4) Legg. Fall, será de 6 meses anteriores a la declaración de concurso. Se tendrá como fecha de referencia la de la Sentencia de declaración de concurso. La doctrina<sup>578</sup> prevé que en el caso de utilización de institutos concursales (como es el caso de un acuerdo de refinanciación), el dies a quo del período sospechoso será el de la presentación de la demanda del instrumento concursual, si se puede demostrar que en ese momento el empresario era ya insolvente.
- El tercero, con quien se realiza el acto, tendrá que conocer el estado de insolvencia del deudor (scientia decotiois), en el momento en que se constituyó el acto revocable<sup>579</sup>. La jurisprudencia<sup>580</sup> lo considera como un

---

considerando el perjuicio patrimonial como afectación de la par conditio creditorum; **Corte d'Appello di Bologna di 24 di gennaio 2007**, en el mismo sentido revocando los pagos que efectúa un tercero en nombre del deudor por afectar a la par conditio creditorum; **Tribunale di Roma, Sez. IX di 21 di giugno 2013, num. 13691**, en el mismo sentido; **Corte d'Appello di Bologna, Sez. II di 21 di gennaio 2003**, considerando que dentro de perjuicio patrimonial se puede considerar la constitución de garantías innecesarias por parte del deudor; **Corte d'Appello di Napoli di 11 di luglio 2007**, en el mismo sentido; **Tribunale di Roma, Sez. III di 5 di febbraio 2008, num. 2688**, en el mismo sentido;

<sup>577</sup> Vid. FIALE A. (2012), **"Diritto Fallimentare"**, cit., pág. 166, en la que habla del período sospechoso como un requisito a cumplir para la prosperidad de la acción revocatoria, diciendo que su duración dependerá del acto que vaya a ser revocado.; FIALE A. (2011), **"Diritto Fallimentare"**, cit., pág. 167 y 168 en el mismo sentido; **Tribunale di Arezzo di 3 di maggio 2013, num. 463**, en la que se dice que será requisito para la acción revocatoria concursual, que el acto jurídico haya sido realizado dentro del período sospechoso tasado por la Ley.

<sup>578</sup> Vid. FIALE A. (2012), **"Diritto Fallimentare"**, cit., pág. 166, *"La dottrina prevalente ritiene, in generale, che se al concordato segue il fallimento, el período sospetto non può essere fatto retroagire al momento di apertura della procedura di concordato, a meno che sia possibile provare, in concreto, che al momento dell'apertura del concordato l'imprenditore era già insolvente"*.; BERTACCHINI E. (2011), **"Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori"**, **Manuale di Diritto Fallimentare**, AAVV coordinata da PACCHI S, Edit. Giuffrè, edizione II, Milano., pág. 248, plantea otra solución, por la que el dies a quo sea la fecha en que se abrió el primer procedimiento, diciendo *"senza soluzione di continuità ad altre procedure concorsuali (amministrazione controllata o concordato preventivo o eventualmente ad entambre) che non avessero sortito un esito favorevole, il periodo sospetto dovesse essere computato a decorrere dalla data di apertura della prima procedura e non, come invece prevede la regola generale in tema di revocatoria fallimentare"*.

<sup>579</sup> Vid. FIALE A. (2012), **"Diritto Fallimentare"**, cit., pág. 168, donde dice que *"la proba della scientia decotiois deve essere fornita con riferimento all'epoca del compimento dell'atto impugnato con"*

conocimiento real y efectivo, no bastando la mera posibilidad de conocimiento del estado de insolvencia del deudor. Este requisito dependerá del acto que vaya a ser revocado<sup>581</sup>, como ocurre con la duración del período sospechoso. En el caso de actos onerosos anormales (art. 67 I Legg. Fall), o de actos gratuitos, el conocimiento del tercero se presume “iuris tantum”, invirtiéndose así la carga de la prueba<sup>582</sup>. En el

---

*l'azione revocatoria fallimentare*”; FIALE A. (2011), “**Diritto Fallimentare**”, cit., pág. 168 a 170 en el mismo sentido; **Tribunale di Arezzo di 3 di maggio 2013, num. 463**, “*Per costante orientamento giurisprudenziale, la conoscenza da parte del creditore dello stato di insolvenza del debitore, al fine della revocatoria fallimentare, secondo la previsione della L. Fall., art. 67, comma 2, deve essere effettiva e non meramente potenziale, con la conseguenza che, agli effetti della revoca, assume rilievo soltanto la concreta situazione psicologica del creditore e non pure la semplice conoscibilità oggettiva dello stato di insolvenza dell'imprenditore; tuttavia detta revoca può fondarsi anche su elementi indiziari, semprechè questi, per i loro requisiti di gravità, precisione e concordanza, siano tali da far presumere l'effettiva scientia decoctionis da parte del creditore.*”; **Corte d'Appello di Bari, Sez. I di 30 di dicembre 2008, num. 1180**, remarcando la necesidad de la prueba de la scientia decoctionis; **Corte d'Appello l'Aquila di 5 di ottobre 2011, num. 995**, en la que se precisa que la scientia decoctionis no se refiere a una mera posibilidad de conocimiento del estado patrimonial del deudor, por parte del tercero. Tendrá que ser un conocimiento real y efectivo de que el deudor se encontraba en una situación de desajuste patrimonial; **Corte d'Appello di Firenze, Sez. I di 28 di febbraio 2005, num. 425**, en este sentido.

<sup>580</sup> Vid. **Cassazione, Sez. I di 4 di maggio 2009, num. 10209**, “*Infatti, in materia di revocatoria fallimentare, se la conoscenza da parte del terzo contraente dello stato di insolvenza dell'imprenditore deve essere effettiva e non meramente potenziale, assumendo la concreta situazione psicologica della parte del momento dell'atto impugnato e non pure la semplice conoscibilità oggettiva ed astratta delle condizioni economiche della controparte, tuttavia, poiché la legge non pone limiti in ordine ai mezzi a cui può essere affidato l'assolvimento dell'onere della prova da parte dal curatore*”; **Cassazione, Sez. I di 13 di ottobre 2005, num. 19894**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 4 di novembre 1998, num. 11060**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 25 di luglio 1995, num. 8083**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 11 di febbraio 1995, num. 1545**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 3 di maggio 2007, num. 10208**, en este sentido; **Cassazione; Cassazione, Sez. I di 28 di agosto di 2001, num. 11289**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 2 di luglio 2007, num. 14978**, en este sentido.; **Corte d'Appello l'Aquila di 5 di ottobre 2011, num. 995**, en este sentido.

<sup>581</sup> Vid. FIALE A. (2012), “**Diritto Fallimentare**”, cit., pág. 167, donde hacer referencia al elemento subjetivo, diciendo que depende de que el acto patrimonial oneroso revocable, sea normal o anormal.; D'ARRIGO C. (2009), “**Pagamento di cambiale scaduta, atti fra coniugi, decadenza dall'azione, revocatoria ordinaria**”, cit., pág. 687, en el mismo sentido, distinguiendo entre los tipos de actos revocables y la necesidad o no de probar la scientia decoctionis.; BERTACCHINI E. (2011), “**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 222, en la que dice que sólo será necesario probar la scientia decoctionis en el caso de la revocación de actos patrimoniales onerosos normales ex art. 67 II Legg. Fall.

<sup>582</sup> Vid. **Corte d'Appello l'Aquila di 05 di ottobre 2011, num. 995**, “*Pertanto, l'avvenuta pubblicazione di una pluralità di protesti a carico del fallito può costituire presunzione tale da esimere il curatore dall'onere della prova che gli stessi fossero concretamente noti al convenuto in revocatoria, su ques'ultimo risultando, in tal caso, traslato l'onere di dimostrare il contrario e senza che, tuttavia, ciò esima il giudicante dalla considerazione di rilevanza, caso per caso, del loro numero, qualità, ammontare, collocazione topografica, luogo di pubblicazione oltre che dello status professionale della parte che avrebbe dovuto averne conoscenza*”; ; **Corte d'Appello di Bari, Sez. I di 30 di dicembre di 2008, num. 1180**, en la que se presume que quienes han tenido una relación estrecha con el deudor, conocían de su situación patrimonial. se dice expresamente que el tercero tendrá que acreditar que efectivamente no conocía del estado de insolvencia del deudor, por lo que se invierte la carga de la prueba; **Cassazione, Sez. I di 28 di agosto 2001, num. 11289**,

caso de actos patrimoniales onerosos normales (art. 67 II Legg. Fall), será precisa la prueba de dicho elemento subjetivo, bien a través de medios de prueba, bien a través de presunciones legales<sup>583</sup>. Precisa la doctrina que, en la hipótesis de la representación del tercero contratante<sup>584</sup>, el conocimiento del estado de insolvencia se tendrá que evaluar respecto al representante, no al representado.

Hemos de tratar igualmente, **los actos que serán revocables** a través de esta acción, ya que cada uno de éstos muestran sus propias peculiaridades en el ejercicio de la revocatoria concursal. Concretamente se distinguen los siguientes tipos de actos revocables<sup>585</sup>:

---

en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 13 di gennaio 2010, num. 391**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 4 di maggio 2009, num. 10209**, en este mismo sentido; **Cassazione, Sez. I di 7 di febbraio 2001, num. 1719**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 21 di gennaio 2000, num. 656**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 4 di novembre 1998, num. 11060**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 11 di febbraio 1995, num. 1545**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 3 di maggio 2007, num. 10208**, en este sentido; **Tribunale di Arezzo di 3 di maggio 2013, num. 463**, en el mismo sentido; **Corte d'Appello di Bologna di 24 di gennaio 2007**, en el mismo sentido; **Tribunale di Bari, Sez. IV di 13 di settembre 2012, num. 2868**, en el mismo sentido, haciendo referencia a la necesidad de que las entidades bancarias demuestren que desconocían la situación patrimonial del deudor; **Corte d'Appello di Bologna, Sez. II di 21 di gennaio 2003**, en la que se habla de la inversión de la carga de la prueba en el caso en que la situación patrimonial del deudor sea de público conocimiento, o bien cuando el tercero tenga en su poder el balance contable del deudor.

<sup>583</sup> Vid. FIALE A. (2012), *“Diritto Fallimentare”*, cit., pág. 168, *“essa deve fondarsi su fatti specifici e concreti, ma può basarsi anche su presunzioni, purché gravi, precise, e concordati (ex art. 2729 c.c.)”*; **Corte d'Appello di Bari, Sez. I di 30 di dicembre 2008, num. 1180**, *“Con riguardo alla c.d. scientia decotionis, va rimarcato che la prova della conoscenza dello stato d'insolvenza incombe sulla curatela e che la stessa, salvo il caso del riconoscimento o della confessione, può essere offerta, evidentemente, solo a mezzo di presunzioni”*; **Corte d'Appello di Roma, Sez. I di 12 di settembre 2011, num. 3643**, en el mismo sentido; **Cassazione, Sez. I di 2 di luglio 2007, num. 14978**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 17 di marzo 1995, num. 3083**, en este sentido, diciendo que el conocimiento público del estado patrimonial del deudor hace presunción del elemento subjetivo; **Cassazione, Sez. I di 10 di dicembre 1987, num. 9122**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 15 di marzo 1990, num. 2117**, en este sentido; **Cassazione Sez. I Unita di 28 di marzo 2006, num. 7028**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 7 di febbraio 2001, num. 1719**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 21 di gennaio 2000, num. 656**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 11 di novembre 1998, num. 11369**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 4 novembre 1998, num. 11060**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 3 di maggio 2007, num. 10208**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 13 di gennaio 2010, num. 391**, en la que se dice que el curatore podrá probar el elemento subjetivo por medio de presunciones. Sin embargo el Juez tendrá que examinarlas y subsumirlas para ver si efectivamente puede alcanzar convencimiento sobre la concurrencia de este conocimiento del estado de insolvencia; **Cassazione, Sez. I di 13 di ottobre 2005, num. 19894**, en este sentido remarcando las dos fases judiciales de la presunción; **Cassazione, Sez. II di 25 di gennaio 2006, num. 1413**, en este sentido diciendo que como el Juez no alcanza pleno convencimiento por la presunción, sino que precisa el estudio de la presunción por le Juez.

<sup>584</sup> Vid. FIALE A. (2012), *“Diritto Fallimentare”*, cit., pág. 167, *“Nelle ipotesi di rappresentanza, ai fini dell'azione revocatoria fallimentare, la conoscenza dello stato di insolvenza va accertata in capo alla persona del rappresentante e non del rappresentato”*.

<sup>585</sup> Serán siempre actos onerosos, ya que son los únicos que pueden ser revocados. Estos se debe a que los actos de disposición patrimonial a título gratuito ex art. 64 Legg. Fall, y los pagos,

- Actos patrimoniales onerosos realizados de forma anormal<sup>586</sup>: el legislador, en el artículo 67 I Legg. Fall. establece un listado de actos patrimoniales que cumplen con esta condición. La doctrina<sup>587</sup> considera que esta lista no es cerrada, sino que caben otros supuestos de actos onerosos anormales. Se caracterizan porque, no será necesario demostrar que el tercero con quien realiza el deudor el acto patrimonial, conociese del estado de insolvencia del deudor<sup>588</sup>. El período sospechoso a tener en cuenta, dependerá del acto patrimonial en cuestión. Así distinguimos<sup>589</sup>:

---

realizados en los dos años anteriores a la declaración del concurso, de créditos que venzan en la fecha de la declaración de concurso o posteriormente ex art. 65 Legg. Fall., será ineficaces “per se”, sin que sea necesario proceder a revocarlos, sino que el administrador concursal los incluye en el inventario de activo del deudor concursal. No requieren pronunciamiento judicial sobre este extremo. Vid. BERTACCHINI E. (2011), “**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., págs. 212 a 217, en este sentido; POLISENO B. (2011), “**Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., págs. 132 a 136 sobre esta consideración, y para un estudio más avanzado de estos supuestos; FIALE A. (2012), “**Diritto Fallimentare**”, cit., págs.. 174 y 175, en este sentido.

<sup>586</sup> Vid. BERTACCHINI E. (2011), “**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 218, en la que establece la definición y diferencia de la normalidad del acto de disposición patrimonial. La autora procura definir acto anormal como aquel acto patrimonial que no es normal. Prosigue con la concepción de acto normal, definiéndolo como “*come debba essere normale ciò che deve considerarse tipico, naturale ed appropriato in relazione ad ogni singola fattispecie, tenendo conto dell’ambiente storico-culturale e della funzione dell’atto o dell’attività in questione*”; **Cassazione, Sez. I di 15 di marzo 1990, num. 2117**, en la que se dice que se considera perjudicial todo acto realizado por el deudor, fuera de la normalidad. Es decir, todo acto anormal será revocable y se presumirá el elemento volitivo en el mismo; **Tribunale di Arezzo di 3 di maggio 2013, num. 464**, en el mismo sentido; **Cassazione, Sez. I di 4 di noviembre 1998, num. 11060**, en este sentido.

<sup>587</sup> Vid. POLISENO B. (2011), “**Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 140 y 141, en la que dice que el legislador tipifica estos negocios como revocables, aunque a título ejemplificativo, ya que pueden darse otros supuestos de negocios patrimoniales anormales, que igualmente serán revocables.

<sup>588</sup> Vid. POLISENO B. (2011), “**Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 138, “*La scientia decotionis del debitore da parte del terzo contraente è, infatti, presunta; l’onere della prova contrario grava su quest’ultimo che, convenuto in giudizio, deve dimostrare l’esistenza, al momento in cui è stato posto in essere l’atto revocabile*”.

<sup>589</sup> Vid. POLISENO B. (2011), “**Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 139 a 141, en las que se mencionan cada uno de los actos patrimoniales onerosos anormales, que serán objeto de acción revocatoria; FIALE A. (2012), “**Diritto Fallimentare**”, cit., págs. 156 y 157, en las que enumera los supuestos legales del artículo 67 I Legg. Fall. definiendo brevemente cada uno de ellos; FIALE A. (2011), “**Diritto Fallimentare**”, cit., págs.. 155 a 159, en las que realiza un elenco de los actos onerosos de disposición patrimonial que son revocables por presentar alguna anomalía, dedicando en cada uno de ellos una breve definición sobre el supuesto de hecho; BERTACCHINI E. (2011), “**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., págs.. 218 a 222, para una mayor profundización en cada uno de los supuestos de actos de disposición patrimonial onerosos, revocables por adolecer de alguna anormalidad.

- Obligaciones recíprocas desproporcionadas<sup>590</sup>, cuando superan el 25% de diferencia entre ambas: serán revocables dentro del año anterior a la declaración de concurso.
  - Empleo de medios anormales de pago<sup>591</sup>: se podrán revocar siempre que hayan sido realizados en el año anterior a la declaración de concurso.
  - La constitución de la prenda, la anticrisis o la hipoteca (judicial o voluntaria) para créditos preexistentes, no vencidos: el período sospechoso será de 1 año anterior a la declaración del concurso.
  - La constitución de prenda, anticrisis o hipoteca (judicial o voluntaria), para créditos preexistentes vencidos: el período sospechoso es de 6 meses anteriores a la declaración del concurso.
  - La dotación de garantías a un derecho de crédito, en el mismo momento de su constitución: La doctrina mayoritaria los considera como actos patrimoniales onerosos normales, pero algunos autores se posicionan diciendo que pueden ser anormales<sup>592</sup> siempre que sean consecuencia directa de la insolvencia. Sí será necesario demostrar la “scientia decotionis”. El período sospechoso para su revocación es de 6 meses anteriores a la fecha de declaración del concurso.
- Actos patrimoniales onerosos realizados de forma normal: se refiere a aquellos actos de disposición patrimonial que son realizados dentro de la

<sup>590</sup> Vid. **Tribunale di Roma, Sez. IX di 21 di giugno 2013, num. 13691**, como un ejemplo de como se presume la scientia decotionis cuando existe una gran diferencia entre el precio de venta de un bien, y el valor real del mismo; **Tribunale di Vicenza, Sez. I di 27 di marzo 2012**, en el mismo sentido y con el mismo supuesto de hecho.

<sup>591</sup> Vid. FIALE A. (2011), “**Diritto Fallimentare**”, cit., pág. 157 “*considera anormali i mezzi di pagamento diversi dal danaro o da quei titoli di credito che la legge e la prassi commerciale ritengono equivalenti al danaro (come gli assegno circolari e bancari le cambiale ed i vaglia cambiari)*”; **Cassazione, Sez. I di 14 di febbraio 2011, num. 3581**, “*In tema di azione revocatoria fallimentare, l'estinzione di un'obbligazione da parte del debitore mediante cessione di merce costituisce, in quanto prestazione diversa dal denaro, una "datio in solutum", qualificabile come mezzo anormale di pagamento e quindi revocabile ai sensi della L. Fall., art. 67, comma 1, n. 2*”; **Cassazione, Sez. I di 18 di febbraio 2009, num. 3905**, en este sentido, considerando que la dación en pago es igualmente un medio anormal de pago de las deudas, y que por lo tanto es revocable completamente; **Cassazione, Sez. I di 18 di febbraio 2009, num. 3905**, en este sentido, sobre la dación en pago.

<sup>592</sup> Vid. FIALE A (2012), “**Diritto Fallimentare**”, cit., pág. 157, “*quelli costituiti per debiti contestualmente creati entro i sei mesi antecedenti alla dichiarazione di fallimento (considerato normali e quindi non sintomatici dello stato di insolvenza) sono revocati se il curatore provi che l'altra parte conosceva lo stato di insolvenza del debitore*”; FIALE A. (2011), “**Diritto Fallimentare**”, cit., pág. 160, en el mismo sentido.

más estricta normalidad. Vienen regulados en el artículo 67 II Legg. Fall. Se caracterizan por precisar la demostración de la “scientia decotionis”<sup>593</sup>, como elemento subjetivo de la acción. Igualmente, cabe destacar que en todos los supuestos de hechos que el legislador tipifica, el período sospechoso en que debe realizarse el acto, será de 6 meses anteriores a la declaración de concurso<sup>594</sup>. La doctrina<sup>595</sup>, precisa que este tipo de actos son:

- La dotación de garantías a un derecho de crédito<sup>596</sup>, en el mismo momento de su constitución: ya mencionado anteriormente, es considerado como un negocio normal, cuando no es consecuencia directa de la insolvencia del deudor<sup>597</sup>.
- El pago de créditos líquidos y vencidos<sup>598</sup>.
- También son revocables los actos onerosos que afecten al patrimonio de la empresa destinado a un negocio específico, de los previstos en el

---

<sup>593</sup> Vid. POLISENO B. (2011), “*Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*”, cit., pág. 141, en la que dice que para este tipo de actos, será precisa “*la prova della effettiva conoscenza del terzo contrente dello stato di dissesto del debitore può, peraltro, essere fornita dal curatore mediante l’utilizzo di presunzioni o indirizi*”. **Cassazione, Sez. I di 10 di dicembre 1987, num. 9122**, en este sentido, indicando que en los negocios onerosos de tipo normal, el curatore tendrá que probar que el tercero, con quien se contrata, conocía del estado de insolvencia del deudor.

<sup>594</sup> El **artículo 67 II Legg. Fall.**, dispone que “*Sono altresì revocati, se il curatore prova che l’altra parte conosceva lo stato d’insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento.*”

<sup>595</sup> Vid. POLISENO B. (2011), “*Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*”, cit., pág. 141 y 142, donde comenta cada uno de los supuestos de actos de disposición patrimonial onerosos realizados con plena normalidad, precisando ciertas cuestiones conceptuales de cada uno de ellos; FIALE A. (2012), “*Diritto Fallimentare*”, cit., pág. 158 en la que trata cuáles son este tipo de actos, precisando cuestiones más específicas de cada uno de ellos; FIALE A. (2012), “*Diritto Fallimentare*”, cit., págs. 159 a 162, en el mismo sentido.

<sup>596</sup> Vid. BERTACCHINI E. (2011), “*Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*”, cit., págs. 224 y 225, para un estudio más detallado de la constitución de este acto patrimonial, y su revocación; **Cassazione, Sez. I di 28 di agosto 2001, num. 11289**, en este sentido, sobre la presunción del elemento volitivo en la constitución de garantías de manera innecesaria; **Cassazione, Sez. I di 12 di settembre 1998, num. 9092**, en este sentido.

<sup>597</sup> Vid. FIALE A (2012), “*Diritto Fallimentare*”, cit., pág. 158, considera que cuando este acto es considerado como un acto propio de la normal gestión de la actividad empresarial, diciendo “*il requisito di normalità dell’atto risiede, come già detto, nella contestualità tra la garanzia conessa ed il debito creato, che comprova il nesso sonallagmatico necessario per considerare l’atto rientrante nella normale gestione imprenditoriale*”. Se considera un acto patrimonial oneroso normal, aunque se trate de una mera cuestión teórica, ya que en ningún momento se pone en duda su revocabilidad.

<sup>598</sup> Vid. FIALE A. (2012), “*Diritto Fallimentare*”, cit., pág. 157, para un estudio más preciso sobre la revocabilidad del pago de créditos vencidos y líquidos, anteriores a la fecha de la declaración del concurso; BERTACCHINI E. (2011), “*Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*”, cit., pág. 223, para mayor precisión sobre este tipo de acto patrimonial; **Tribunale di Bari, Sez. IV, di 13 di settembre 2012, num. 2868**, en este sentido.

artículo 2447-bis Cc<sup>599</sup>. Regulados en el artículo 67 bis Legg. Fall<sup>600</sup>, son aquellos actos que vinculan el patrimonio de la empresa del deudor, que era destinado a una actividad específica. Se caracterizan por ser necesario que se pruebe la “scientia decotionis”.

- Actos realizados entre los cónyuges: Regulados en el artículo 69 Legg. Fall, el legislador considera revocables los actos realizados entre los cónyuges, mientras el deudor concursal ejercitaba una actividad comercial. La doctrina la considera como una “agravación de la revocatoria”<sup>601</sup>. Se caracteriza por la indeterminación de un período sospechoso, ya que dependerá de si el acto patrimonial es o no gratuito. Cabe añadir que en todo caso, se presume, iuris tantum, la “scientia decotionis”<sup>602</sup>, es decir que el cónyuge del deudor conocía del estado de insolvencia del mismo. Dentro de este tipo de actos, la doctrina distingue entre:
  - Actos a título oneroso<sup>603</sup>: para la revocación de este tipo de actos no hay un límite temporal establecido. Se exige sólo que se haya realizado mientras el deudor estaba casado y ejerciendo una actividad comercial.

---

<sup>599</sup> El artículo 2447bis Cc, dispone que *“La società può:a) costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare;b) convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso, o parte di essi. Salvo quanto disposto in leggi speciali, i patrimoni destinati ai sensi della lettera a) del primo comma non possono essere costituiti per un valore complessivamente superiore al dieci per cento del patrimonio netto della società e non possono comunque essere costituiti per l'esercizio di affari attinenti ad attività riservate in base alle leggi speciali.”*

<sup>600</sup> Vid. POLISENO B. (2011), *“Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori”*, cit., pág. 142, donde estudia estos actos, precisando que será necesaria la prueba del elemento subjetivo de la scientia decotionis.; FIALE A. (2012), *“Diritto Fallimentare”*, cit., pág. 162, para una mayor profundización.

<sup>601</sup> Vid. D'ARRIGO C. (2009), *“Pagamento di cambiale scaduta, atte fra coniugi, decadenza dall'azione, revocatoria ordinaria”*, cit., pág. 690, *“l'art. 69 l. fall. Configura, per le ragioni dinanzi illustrate, un regime revocatorio aggravato, che si caratterizza per la mancata previsioni di un periodo sospetto e per la presunzione, iuris tantum, della scientia decotionis in capo al coniuge”*.

<sup>602</sup> Vid. D'ARRIGO C. (2009), *“Pagamento di cambiale scaduta, atte fra coniugi, decadenza dall'azione, revocatoria ordinaria”*, cit., pág. 691, en la que se realiza un estudio más detallado del elemento subjetivo, haciendo hincapié en la posibilidad de que el cónyuge pruebe la ignorancia del estado de insolvencia del deudor; BERTACCHINI E. (2011), *“Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori”*, cit., pág. 242, en este mismo sentido; POLISENO B. (2011), *“Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori”*, cit., pág. 143;

<sup>603</sup> Vid. D'ARRIGO C. (2009), *“Pagamento di cambiale scaduta, atte fra coniugi, decadenza dall'azione, revocatoria ordinaria”*, cit., pág. 688, *“Questi sono revocabili, in sostanza, senza alcun limite temporale. L'unica condizione richiesta è che al tempo di compimento ed il signolo atto il coniuge esercitasse una impresa commerciale”*; POLISENO B. (2011), *“Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori”*, cit., pág. 143, en este mismo sentido; FIALE A. (2012), *“Diritto Fallimentare”*, cit., pág. 176.

- Actos a título gratuito<sup>604</sup>: para la revocación de este tipo de actos, será necesario que se hayan realizado en los dos años anteriores a la declaración del concurso, siempre que el deudor ejercitase en esta época una actividad comercial.

Habrà que tener en cuenta los **actos que son considerados como irrevocables**<sup>605</sup>. Son una serie de supuestos tasados por el legislador, y recogidos en el artículo 67 III Legg. Fall. De entre todos los existentes, sólo destacamos el reconocido en la letra e), de este artículo, que se refiere a los Acuerdos de Refinanciación típicos (ex art. 182 bis Legg. Fall), y los actos patrimoniales propios de su ejecución.

En lo referente a los **aspectos procesales** de la acción revocatoria concursal, tiene un plazo de prescripción<sup>606</sup> de 3 años, desde la fecha en que se declaró el

<sup>604</sup> Vid. D'ARRIGO C. (2009), "**Pagamento di cambiale scaduta, atte fra coniugi, decadenza dall'azione, revocatoria ordinaria**", cit., pág. 689, "*gli atti a titolo gratuito che, pur in difetto di un rinvio testuale, vanno identificati con quelli che normalmente ricadono sotto l'art. 64 l. fall. Questi ultimi sono pure revocabili senza limiti temporali. Ma la peculiarità sta in ciò: la revocatoria riguarda solo gli atti compiuti piú di due anni prima della dichiarazione di fallimento; gli altri, quelli piú prossimi all'insolvenza conclamata, non devono essere revocati, ma sono inefficaci di diritto ex art. 64 l. fall. Del resto, la ragione del distinguere è di palmare evidenza: il regime di inefficacia automatica ciu sono sottoposti, ai sensi del art. 64 l. fall., gli atti a titolo gratuito compiuti nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, è ben piú rigoroso di quello delineato dall'art. 69 l fall.*"; POLISENO B. (2011), "**Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**", cit., pág. 143, en este mismo sentido.; FIALE A. (2012), "**Diritto Fallimentare**", cit., pág. 176;

<sup>605</sup> Son irrevocables: a) los pagos de bienes y servicios efectuados en el ejercicio de la actividad empresarial en los términos pactados b) las liquidaciones de cuentas bancarias c) la venta y la promesa de venta en el sentido del art. 2645-bis Cc d) los actos de ejecución de un plan de saneamiento de las deudas del empresario e) los actos de ejecución del concordato preventivo o de un acuerdo de refinanciación f) los pagos por prestaciones laborales g) los pagos de deudas líquidas y exigibles a su vencimiento, por prestación de servicios necesarios para acceder al proceso de concordato preventivo o del acuerdo de refinanciación. Para más profundización, FIALE A. (2012), "**Diritto Fallimentare**", cit., págs. 159 a 162; POLISENO B. (2011), "**Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**", cit., págs. 149 a 152; BERTACCHINI E. (2011), "**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**", cit., pág. 225 a 233; **Corte d'Appello l'Aquila di 5 di ottobre 2011, num. 995**, sobre la irrevocabilidad de los pagos efectuados en el normal ejercicio de la actividad del deudor.

<sup>606</sup> Vid. FIALE A. (2011), "**Diritto Fallimentare**", cit., pág. 170, "*il legislatore della riforma ha introdotto nella disciplina della revocatoria un termine de decadenza per l'esercizio dell'azione. Ha previsto, infatti, all'art. 69bis L.F. che le azioni revocatorie non possano piú essere promosse decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque decorsi cinque anni dal compimento dell'atto. L'esigenza di prevede espressamente un termine di decadenza (in luogo della precedente applicazione della prescrizione quinquennale) è sicuramente dettata dall'intenzione di limitare la situazione di instabilità nei rapporti commerciali determinata dalla possibilità di esperire azioni revocatorie*". ; BERTACCHINI E. (2011), "**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**", cit., pág. 251, en el mismo sentido; FIALE A. (2012), "**Diritto Fallimentare**", cit., págs. 168 y 169, en el mismo sentido; POLISENO B. (2011), "**Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**", cit., pág. 154, en el mismo sentido; **Tribunale di Teramo di 5 di febbraio 2013, num. 91**, en el mismo sentido; **Tribunale di Roma, Sez. III di 5 di febbraio 2008, num. 2688**, en este sentido.

concurso, no pudiendo sobrepasar el período de 5 años desde que se constituyó el acto revocable.

Según lo dispuesto en el artículo 69 bis II Legg. Fall, hemos de precisar que, en el caso en que el deudor presente demanda de concordato preventivo o de homologación de acuerdo de refinanciación, el dies a quo en que comienza la prescripción, será la fecha de publicación de la demanda en cuestión.

La legitimación para el ejercicio de la acción, corresponde únicamente al Administrador Concursal<sup>607</sup>, no cabiendo ningún tipo de legitimación subsidiaria de los acreedores. A diferencia del Derecho español, no se refiere a la revocación de los acuerdos de refinanciación, sino a todos los actos revocables.

El Administrador Concursal, tendrá que ir asistido de procurador<sup>608</sup> que lo represente ante los tribunales.

Esta legitimación no es directa, pues así lo establece el artículo 104 ter II c) Legg. Fall. El administrador concursal solicitará al Juez Delegado que lo autorice para ejercer la acción revocatoria. Una vez es concedida, el Tribunal no puede revocar la legitimación previamente concedida<sup>609</sup>.

---

<sup>607</sup> Vid. BERTACCHINI E. (2011), “**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 250 y 251, en las dice que el administrador concursal es el único legitimado para el ejercicio de la acción revocatoria, según lo dispuesto en el art. 104 ter Legg. Fall. Para ello, será necesario que el administrador concursal solicite expresamente autorización para el ejercicio de la acción; **Cassazione, Sez. I di 15 di marzo 1990, num. 2117**, “*legittimazione appartiene al curatore non in rappresentanza dell'uno o dell'altro creditore anteriore o successivo al compimento del negozio giuridico revocando, ma per diretta attribuzione a lui, che nella veste di terzo, diventa titolare del diritto di agire a tutela degli interessi di tutti i creditori (del fallito) siano essi anteriori o successivi all'attuazione dell'atto di alienazione del bene da parte del debitore, di poi fallito.*”; **Cassazione, Sez. I di 10 di dicembre 1987, num. 9122**, en este sentido; **Corte d'Appello l'Aquila di 5 di ottobre 2011, num. 995**, diciendo que el administrador concursal es quien debe acreditar la concurrencia de los presupuestos de la acción, por lo que se le considera el único legitimado para su ejercicio; **Corte d'Appello di Roma, Sez. I di 12 di settembre 2011, num. 3643**, en el mismo sentido diciendo que esta legitimación única radica en la consideración del administrador concursal como representante de los intereses puestos en juego en el proceso concursal; **Corte d'Appello di Firenze, Sez. I di 2 di ottobre 2006, num. 1600**, en este sentido; **Corte d'Appello di Potenza di 19 di ottobre 2005**, en este sentido; **Cassazione, Sez. Unita di 28 di marzo 2006, num. 7028**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 13 di ottobre 2005, num. 19894**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 4 di novembre 1998, num. 11060**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 11 di febbraio 1995, num. 1545**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 3 di maggio 2007, num. 10208**, en este sentido;

<sup>608</sup> Vid. BERTACCHINI E. (2011), “**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 251, “*La legittimazione al processo spetta invece al rappresentante processuali del curatore, che è un suo procuratore legale (art. 31, comma 2, l. fall.)*”.

<sup>609</sup> Vid. BERTACCHINI E. (2011), “**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 251, “*Ai sensi del secondo comma dell'art. 25 l. fall., introdotto con il d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, il giudice delegato non può trattare i giudizi che abbia autorizzato*”.

En lo referente al órgano jurisdiccional que debe resolver sobre el resultado de la acción revocatoria, será el Tribunal Fallimentare<sup>610</sup>, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 24 Legg. Fall.

La doctrina<sup>611</sup> considera que, la acción revocatoria no puede limitarse sólo a la concursal, sino que también existe la posibilidad de ejercerla alternativamente junto con la acción revocatoria ordinaria o pauliana. Ambas poseen la misma naturaleza jurídica. En esta situación, será preciso presentar una nueva demanda, ya que se trata de acciones diferentes, con requisitos legales distintos.

En lo que refiere a los **efectos de la acción revocatoria concursal**, se regulan en el artículo 70 II Legg. Fall<sup>612</sup>. Este precepto dispone que el efecto principal de la acción revocatoria es la restitución del bien al patrimonio del deudor, sin llegar a suponer un traslado efectivo de la propiedad del bien objeto de la acción. El obligado a restituir pase a ser acreedor concursal. Sin embargo, cabe hacer algunas precisiones al respecto.

---

<sup>610</sup> Vid. BERTACCHINI E. (2011), “**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 251, “*Sia l’azione revocatoria fallimentare, sia quella ordinaria esercitata in sede fallimentare sono ricomprese tra le azioni che derivano dal fallimento. In quanto tali la competenza esclusiva e funzionale dell’azione è riservata al tribunale fallimentare ai sensi dell’art. 24 l. fall*”; **Cassazione, Sez. I di 30 di agosto 1995, num. 7583**, explicando que todas las acciones con incidencia en el patrimonio del deudor, se ejercerán ante el Tribunal competente para la declaración del concurso, siempre y cuando éste haya sido declarado; **Corte d’Appello di Firenze, Sez. I di 8 di marzo 2005, num. 506**, reconociendo la competencia del Juez que conoce del concurso, para resolver de las acciones rescisorias y demás impugnatorias que se presenten contra el concursado.

<sup>611</sup> Vid. BERTACCHINI E. (2011), “**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 252, “*Come si è detto in precedenza, il curatore può esercitare l’azione revocatoria ordinaria anche nei confronti di atti posti in essere nel c.d. periodo sospetto, in alternativa alla revocatoria fallimentare [...] l’ammissibilità del passaggio dall’uno all’altro tipo di revocatoria è accolta da quanti sostengono l’identità di natura tra le due azioni [...] in tutti questi casi è però necessario presentare una nuova domanda*”.

<sup>612</sup> Vid. **Cassazione, Sez. I di 21 di giugno 2000, num. 8419**, “*In contrario non si può attribuire rilievo alla circostanza che la massa dei creditori, seppure non possa più trarre alcuna utilità dalla declaratoria di inefficacia dell’atto, potrebbe comunque chiedere, sulla base dei presupposti per l’accoglimento dell’azione revocatoria, la reintegrazione per equivalente in relazione al minore prezzo ricavato dalla vendita del bene ed al minore reddito ricavato prima della vendita. In proposito, questa Corte (Cass. 20 luglio 1999, n. 7790, secondo cui la domanda di reintegrazione per equivalente non costituisce domanda nuova, rispetto alla iniziale domanda di revoca) ha affermato che oggetto sostanziale della domanda di revoca (petitum mediato) non è il bene in sé (o, si può aggiungere, la sua libertà dal peso di una locazione), ma la reintegrazione della generica garanzia patrimoniale dei creditori mediante la assoggettabilità ad esecuzione, e quindi a liquidazione*”; **Cassazione, Sez. Unita di 28 di marzo 2006, num. 7028**, en este sentido; **Corte d’Appello di Bari, Sez. I di 30 di dicembre 2008, num. 1180**, en la que se dice que todos los actos patrimoniales que sean revocados tendrán que restituirse los pagos que hayan supuesto; POLISENO B. (2011), “**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 156, en el mismo sentido.; FIALE A. (2012), “**Diritto Fallimentare**”, cit., pág. 171; **Corte d’Appello di Napoli di 11 di luglio 2007**, en este sentido, añadiendo también que tendrá un efecto indemnizatorio para el caso en que no se pudiere restituir la disposición patrimonial.

En el caso en que se revoquen los pagos efectuados por intermediarios especializados<sup>613</sup>, por procesos de compensación multilateral<sup>614</sup>, o por sociedades fiduciarias<sup>615</sup> (artículo 70 I Legg. Fall), el obligado a restituir es el beneficiario o destinatario de tales pagos<sup>616</sup>.

En el supuesto en que la acción revocatoria produzca la extinción de operaciones en cuentas bancarias, o bien de negocios jurídicos de carácter continuado, se tendrá que restituir la diferencia entre el valor máximo que se pretendía con tal actuación, en el momento en que se conoce el estado de insolvencia del deudor, y el valor residual del mismo en la fecha en que se declaró el concurso<sup>617</sup> (artículo 70 III Legg. Fall).

Respecto a la restitución del bien en cuestión, la doctrina<sup>618</sup> apunta que en el caso en que no se pueda efectuar la reintegración del bien al activo concursal, el obligado a restituir será condenado a abonar el valor del mismo.

---

<sup>613</sup> Vid. BONFATTI S. (2009), “**Effetti della revocatoria**”, **Fallimento e le altre procedure concorsuali**, AAVV diretto da FAUCEGLIA/PANZANI, Torino, pág. 710 a 711 para un concepto casuístico de los intermediarios especializados;

<sup>614</sup> Vid. BONFATTI S. (2009), “**Effetti della revocatoria**”, cit., pág. 712, para un estudio especializado sobre el proceso de compensación multilateral, centrado en lo dispuesto en el decreto legislativo 210/2001.

<sup>615</sup> Vid. BONFATTI S. (2009), “**Effetti della revocatoria**”, cit., pág. 713, para mayor profundización del concepto de sociedades fiduciarias según el estudio exhaustivo del artículo 1 de la Ley 1966/1939 de 23 de noviembre.

<sup>616</sup> Vid. BONFATTI S. (2009), “**Effetti della revocatoria**”, cit., pág. 708 a 710, donde expone que será el destinatario final del pago el que estará obligado a restituir la cantidad en cuestión. A lo largo de tales páginas dispone que de esta forma se simplifica mucho la acción rescisoria, ya que acudiendo al destinatario final, no será preciso revocar cada uno de los pagos que les pudiesen haber efectuado en este tipo de supuestos.; BERTACCHINI E. (2011), “**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 244, en el mismo sentido; POLISENO B. (2011), “**Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 156, en el mismo sentido.

<sup>617</sup> Vid. BONFATTI S. (2009), “**Effetti della revocatoria**”, cit., pág. 714 a 720 para un estudio más detallado de este supuesto de hecho. A lo largo de tales páginas, el autor divide el supuesto de hecho en dos partes, una primera parte dedicada a la extinción de actividades bancarias, y otra sobre la extinción de negocios jurídicos de carácter continuado o repetitivo.; BERTACCHINI E. (2011), “**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 246, en el mismo sentido.; POLISENO B. (2011), “**Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 155, en el mismo sentido; **Corte d’Appello di Napoli di 11 di luglio 2007**, como un ejemplo claro de rescisión de este tipo de obligaciones de tracto continuado. Así concluye la Sentencia que la restitución importará una suma igual a la diferencia entre el montante máximo del crédito en el momento en que fue conocido el estado de insolvencia del deudor, y el menor importe del crédito a la fecha de la declaración del concurso.

<sup>618</sup> Vid. **Tribunale di Arezzo di 3 di maggio 2013, num. 464**, “*La domanda va dunque accolta e per l’effetto deve ordinarsi el convenuto la restituzione del bene ovvero, qualora questa non sia possibile, il pagamento del suo equivalente pecuniario pari ad Euro 35.000,00 in favore della curatela*”; **Tribunale di Reggio Emilia di 27 di agosto 2011, num. 1337**, en el mismo sentido; **Cassazione, Sez. Unita di 28 di marzo 2006, num. 7028**, en este sentido, apuntando sobre el efecto indemnizatorio de la acción rescisoria concursal, para cuando resulta imposible la restitución del bien; **Cassazione, Sez. I di 21 di giugno 2000, num. 8419**, en el mismo sentido; **Cassazione, Sez. I, di 18 di febbraio 2009, num. 3905**, en este sentido; BERTACCHINI E. (2011), “**Gli**

El tercero que haya restituido el bien, o su valor, pasará a ser acreedor concursal por valor de lo restituido<sup>619</sup>. Sin embargo, este reconocimiento no es automático, ya que será preciso interponer una demanda de admisión al pasivo concursal.

La doctrina minoritaria<sup>620</sup> hace una precisión al respecto. Considera injusto que el tercero que tiene la obligación de restituir el bien, pase a ser acreedor concursal simplemente. Proponen que sea acreedor prededucible, pues el crédito procede de la compensación por un enriquecimiento injusto.

En el supuesto en que se pretenda realizar el acto patrimonial con un tercero subadquirente<sup>621</sup>, será necesario que el Administrador Concursal pruebe la mala fe del mismo. La mala fe se tendrá que manifestar en el momento en que se produjo la adquisición por este tercero subadquirente.

---

**effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**", cit., pág. 245, en el mismo sentido; BONFATTI S. (2009), **"Effetti della revocatoria"**, cit., pág. 720, en este sentido.; FIALE A. (2012), **"Diritto Fallimentare"**, cit., pág. 171; **Corte d'Appello di Napoli di 11 di luglio 2007**, en el mismo sentido; **Tribunale di Bari, Sez. IV di 13 di settembre 2012, num. 1868**, en el mismo sentido;

<sup>619</sup> Vid. BERTACCHINI E. (2011), **"Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori"**, cit., pág. 245, *"giova ricordare che il credito del terzo sorge solo dopo la concreta restituzione del bene o del pagamento oggetto dell'atto revocato. Il riconoscimento di tale credito (che ha natura concorsuale) non è automatico, ma deve essere fatto valere presentando un'apposita domanda di ammissione al passivo fallimentare"*.; LEÓN F.J. (2013), **"la función de la acción rescisoria desde la perspectiva del tercero"**, **Anuario de Derecho Concursal**, núm. 28, pág. , en la que, estudiando el derecho italiano en torno a la acción revocatoria concursal italiana, se pronuncia en el mismo sentido; POLISENO B. (2011), **"Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori"**, cit., pág. 155, en el mismo sentido.; FIALE A. (2012), **"Diritto Fallimentare"**, cit., pág. 172; **Corte di Appello l'Aquila di 5 di ottobre 2011, num. 995**, en la que considera que el tercero que ha restituido el bien o su valor, podrá ser considerado como acreedor concursal privilegiado, siempre y cuando haya formulado la correspondiente demanda de admisión al pasivo concursal; **Corte d'Appello di Firenze, Sez. I di 11 di marzo 2004**, en el mismo sentido, apuntando que será una compensación por el desembolso causado, en aras de evitar un enriquecimiento injusto de la masa activa, es decir, del patrimonio del deudor, por valor de la restitución.

<sup>620</sup> Vid. LEÓN F.J. (2013), **"la función de la acción rescisoria desde la perspectiva del tercero"**, cit., pág. 185, en la que sostiene la tesis innovadora de Giuseppe Ferri Jr, por la cual, el crédito que surge de la obligación de restitución, debiera ser prededucible; FERRI G. JR (2011), **"Le pretese del terzo revocato nel fallimento"**, Edit. Giuffrè, pág. 86, en la que expone sus tesis de la prededucibilidad del crédito del tercero revocado, en la que se basa LEÓN F.J., basando su teoría en la forma de compensar el enriquecimiento injustificado que sufre la masa activa del concurso.

<sup>621</sup> Vid. FIALE A. (2012), **"Diritto Fallimentare"**, cit., pág. 169, *"è per questo che la legge ammette che l'inefficacia relativa dell'atto revocato possa estendere i propri effetti anche nei confronti dei terzi sub-acquirenti. In tal cas, grava sulla curatela del fallimento l'onere di provare la maña fede del sub-acquirente, consistente nella consapevolezza, al momento del acquisto"*.

## 2.2.2 Las acciones impugnatorias

### 2.2.2.1 La acción pauliana o rescisoria civil.

Junto a la acción revocatoria concursal, se regula en el artículo 66 Legg. Fall.<sup>622</sup> la acción revocatoria ordinaria, o acción pauliana.

Se puede **definir** como una acción<sup>623</sup> por la cual los acreedores pueden declarar ineficaces aquellos actos realizados por el deudor, en fraude de sus derechos crediticios, por ser perjudiciales para la masa activa.

Tiene un carácter subsidiario<sup>624</sup>. Sólo se podrá ejercitar acreditando que es el único medio del acreedor para poder hacer efectivos sus derechos e intereses.

Es una acción de origen civil, regulada en el artículo 2901 Cc que ha sido introducida en el proceso concursal<sup>625</sup>, adecuándose a las pesquisas y principios del

---

<sup>622</sup> El artículo 66 Legg. Fall, dispone que *“Il curatore può domandare che siano dichiarati inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio dei creditori, secondo le norme del codice civile. L'azione si propone dinanzi al tribunale fallimentare, sia in confronto del contraente immediato, sia in confronto dei suoi aventi causa nei casi in cui sia proponibile contro costoro.”*

<sup>623</sup> Vid. DEL GIUDICE F. (2012), **“Legge fallimentare esplicata. La normativa spiegata articolo per articolo”**, cit., pág. 66, *“l'azione revocatoria ordinaria (o pauliana) è il rimedio attraverso il quale i creditori possono far dichiarare inefficaci nei loro confronti gli atti di disposizione posti in essere dal debitore in frode dei loro diritti ed idonei a recare pregiudizio alle liri ragioni”*.; BERTACCHINI E. (2011), **“Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori”**, cit., pág. 242 en este sentido.; FIALE A. (2011), **“Diritto Fallimentare”**, cit., pág. 174, en el mismo sentido, añadiendo el carácter subsidiario de la acción pauliana. *“Quando gli atti dispositivi compiuti dal creditore non rientrano nelle categorie di atti sottoposti alla revocatoria fallimentare, al curatore rimane, cumnque, sempre la possibilità di esperire la revocatoria ordinaria, ai sensi degli artt. 2901 e seguenti c.c.”*.; FIALE A. (2012), **“Diritto Fallimentare”**, cit., pág. 172, en este sentido.; DI SANTI P. (2006), **“la revocatoria ordinaria e fallimentare nel decreto sulla competitività. Aggiornato alla riforma del diritto fallimentare 2006”**, Edit. Halley Editrice, Matelica, pág. 105 a 111 para un concepto más especializado de la acción pauliana.; BONFATTI S./CENSONI P. (2011), **“Manuale di diritto fallimentare”**, cit., págs. 160 a 169, para un estudio más avanzado de la acción revocatoria concursal; **Cassazione, Sez. I di 10 di dicembre 1987, num. 9122**, en este sentido; **Cassazione, Sez. III di 15 di febbraio 2011, num. 3676**, en este sentido; **Cassazione, Sez. III di 25 di luglio 2003, num. 11561**, en la que define la acción pauliana basándola en el fraude de acreedores, para diferenciarla de la acción de nulidad; **Cassazione, Sez. III di 18 di febbraio 1991, num. 1691**, en este sentido, diciendo que la base de la acción pauliana radica en e fraude de acreedores; **Tribunale di Roma, Sez. X di 24 di maggio 2013, num. 11489**, en el mismo sentido; **Tribunale di Vicenza, Sez. I di 27 di marzo 2012**, en el mismo sentido.

<sup>624</sup> Vid. **Cassazione, Sez. I di 12 di settembre 1998, num. 9092**, *“Se dopo il compimento dell'atto residuano beni che siano sufficienti a coprire l'intero valore del credito e non rendono più difficoltosa al creditore l'attuazione coattiva del suo diritto, il pregiudizio in questione devesi ritenere inesistente”*

<sup>625</sup> Vid. **Corte d'Appello di Firenze, Sez. I di 28 di febbraio 2005, num. 425**, *“Nella pronuncia citata la S.C. rileva non esservi alcuna differenza, dal punto di vista oggettivo, tra l'azione revocatoria ordinaria di cui all'art. 2901 cod. civ. e quella di cui all'art. 66 legge fall. esercitata dal curatore a seguito della dichiarazione di fallimento, come è dimostrato dalla chiara lettera della legge (art. 66 legge fall.) che abilita il curatore ad agire “secondo le norme del codice civile”. La dichiarazione di fallimento del debitore comporta, infatti, soltanto la sostituzione del curatore ai creditori nella*

mismo. Esto se muestra claramente en la remisión que hace el legislador al artículo 2901 Cc para el ejercicio de esta acción.

De hecho, la jurisprudencia<sup>626</sup> considera que la acción pauliana ejercitada dentro del concurso, pierde su carácter subsidiario. La propia declaración de concurso supone la declaración de que el deudor carece de medios para hacer frente al pago de sus deudas.

En lo referente a la **naturaleza jurídica**, hemos de precisar que será la misma que la prevista para la acción revocatoria concursal ex art. 67 Legg. Fall. Es decir, se trata de una acción de ineficacia relativa<sup>627</sup>. Declara la ineficacia del acto, manteniéndose una relación jurídica subsistente entre el deudor y el tercero con el que se contrata.

---

*legittimazione a proporre l'azione in questione, la devoluzione della cognizione della stessa al Tribunale fallimentare e la estensione a vantaggio indistintamente di tutti i creditori degli effetti dell'accoglimento della domanda, senza minimamente incidere sui requisiti sostanziali dell'azione, atteso che, pur assumendo il carattere di "azione di massa", resta pur sempre ancorata alle specifiche condizioni previste dall'art. 2901 cod. civ.; il che induce ad escludere che possa configurarsi come azione nuova ed autonoma rispetto a quella già esperibile dai singoli creditori.”; Cassazione, Sez. I di 10 di dicembre 1987, num. 9122, diciendo que la pauliana tendrá un carácter subsidiario, y sólo beneficiará al acreedor que la ejercita. Sin embargo, una vez ejercitada dentro del concurso, no será necesario demostrar que se trata de una acción subsidiaria, ya que la mera declaración de concurso implica la falta de medios para hacer frente a los acreedores. De otro lado, beneficiará a todos los acreedores, ya que será ejercitada en pro de la masa, una vez declarado el concurso; DEL GIUDICE F. (2012), “**Legge fallimentare esplicita. La normativa spiegata articolo per articolo**”, cit., pág. 67, en la que hace numerosas referencias a la acción pauliana civil ejercitada dentro del proceso concursal, por lo que se puede entender que se trata de una acción civil, que dada su viabilidad y utilidad práctica, fue insertada en la Legge Fallimentare, para adecuarla al proceso concursal.; D'ARRIGO C. (2009), “**Pagamento di cambiale scaduta, atto fra coniugi, decadenza dall'azione, revocatoria ordinaria**”, cit., pág. 699, en este mismo sentido, diciendo que los requisitos de su ejercicio se regulan en el artículo 2901 Cc, mientras que, en lo referente a la legitimación activa y en los efectos que provoca, se aplicará lo dispuesto en la Legge Fallimentare.; POLISENO B. (2011), “**Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 152, en este sentido, y apuntando que así lo manifiesta la reiterada jurisprudencia.*

<sup>626</sup> Vid. Cassazione, Sez. I di 10 di dicembre 1987, num. 9122, en la que se especifica que la acción pauliana, ejercitada dentro del concurso pierde su carácter subsidiario. La sentencia se basa en que la propia declaración de concurso implica una prueba fehaciente de la inexistencia de bienes suficientes para satisfacer a los acreedores. Por ello, dice que podrá ser ejercitada sin necesidad de que suponga la última ratio; Cassazione, Sez. I di 30 di agosto 1994, num. 7583, en la que se dice que una vez es declarado el concurso, se tendrán que ejercitar las acciones previstas en la Legge Fallimentare. La acción pauliana se regula dentro de la legislación concursal, por lo que se considera más que ejercitable. Así, al haberse declarado el concurso, puede admitirse la acción pauliana sin tener que acreditarse su carácter subsidiario, ya que el legislador permite su ejercicio inmediato tras la declaración de concurso. Por tanto, una vez abierto el proceso concursal, no queda relegada a la última ratio, sino que será una acción más dentro del proceso concursal, perdiendo su carácter subsidiario; Cassazione, Sez. I di 10 di dicembre 1987, num. 9122, en la que se especifica que la acción pauliana, ejercitada dentro del concurso pierde su carácter subsidiario. La sentencia se basa en que la propia declaración de concurso

<sup>627</sup> Vid. Cassazione, Sez. III di 15 di febbraio 2011, num. 3676, “*L'accoglimento dell'azione revocatoria, ai sensi degli artt. 2901 e 2902 cod. civ., non comporta l'invalidità dell'atto di disposizione sui beni e il rientro di questi nel patrimonio del debitore alienante, bensì l'inefficacia dell'atto soltanto nei confronti del creditore che agisce per ottenerla, con conseguente possibilità*”

A simple vista, parece que la acción pauliana es idéntica a la acción revocatoria fallimentare (ex art. 67 Legg. Fall). Sin embargo, la doctrina se muestra vacilante sobre este punto, ya que existen dos posturas distintas:

- La tesis de la identidad de la acción<sup>628</sup>: sostiene que la acción pauliana y la revocatoria fallimentare son acciones idénticas, ya que comparten su naturaleza jurídica. La única diferencia entre ellas, además de los requisitos exigidos para su ejercicio, es que la acción revocatoria fallimentare es la principal, quedando la acción pauliana como acción residual o subsidiaria.
- La postura de la distinción<sup>629</sup>: se basa en que al tener requisitos diferentes, tener una regulación en distinto precepto legal, se tratan de dos acciones totalmente diferentes, por lo que lo dispuesto para la acción revocatoria fallimentare no es automáticamente extensible a la acción pauliana. Es la tesis más avalada por la jurisprudencia<sup>630</sup>.

---

*per quest'ultimo, e solo per lui, di promuovere azioni esecutive o conservative su quei beni contro i terzi acquirenti, pur divenuti validamente proprietari"; Cassazione, Sez. II di 10 di febbraio 1997, num. 1227, en el mismo sentido.; Cassazione, Sez. I di 21 di giugno 2000, num. 8419, en este sentido; Cassazione, Sez. III di 30 di luglio 2004, num. 14625, en este sentido; Cassazione, Sez. III di 18 di febbraio 1991, num. 1691, en este sentido Tribunale di Teramo di 5 di febbraio 2013, num. 91, en el mismo sentido; Tribunale Reggio Emilia di 27 di agosto 2011, num. 1337, en este sentido; Corte d'Appello di Bari, Sez. I di 30 di dicembre 2008, num. 1180, en este sentido; Corte d'Appello l'Aquila di 5 di ottobre 2011, num. 995, en este sentido; Corte d'Appello di Firenze, Sez. I, di 11 di marzo 2004, en este sentido; ; Tribunale di Roma, Sez. XI, di 27 di maggio 2013, num. 11548, en el mismo sentido atribuyéndosela también a la acción pauliana.*

<sup>628</sup> Vid. FIALE A. (2011), "**Diritto Fallimentare**", cit., pág. 166, donde dice que ambas acciones tienen la misma naturaleza jurídica, ya que ambas procuran la restitución del patrimonio del deudor y la declaración de ineficacia de determinados actos patrimoniales perjudiciales para la masa activa. "*La dottrina dominante e la giurisprudenza prevalente ritengono, invece, che l'azione revocatoria fallimentare è essenzialmente la stessa di quella ordinaria, con l'unica differenza che per essa la legge pone delle presunzioni di esistenza dei presupposti per l'inefficacia degli atti, semplificando perciò l'onere probatorio del curatore, o escludendo del tutto la necessità di una prova*".; FIALE A. (2012), "**Diritto Fallimentare**", cit., pág. 1664 y 165, reafirmando lo dicho anteriormente sobre la tesis mayoritaria de la unidad.

<sup>629</sup> Vid. BERTACCHINI E. (2011), "**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**", cit., pág. 243, donde establece que lo dispuesto en el artículo 67 III sobre las excepciones a la revocatoria fallimentare, no se aplicarán a la acción pauliana, por lo que se tratan de acciones diferentes. "*Come già precisato, nei confronti dell'azione revocatoria ordinaria (come per le fattispecie di cui agli artt. 64 e 64 l. fall) non trovano applicazione le ipotesi di esenzione di cui all'art. 67 comma 3 lett. a-g, l. fall.*".; FIALE A. (2011), "**Diritto Fallimentare**", cit., pág. 165, donde expone que la tesis minoritaria es aquella por la que se diferencian ambas acciones, diciendo que "*La revocatoria ordinaria presuppone la intrinseca validità degli atti compiuti dal debitore in frode ai creditori [...] la revocatoria fallimentare, invece, si fonda sulla indisponibilità patrimoniale del fallito dalla data del suo stato di insolvenza*".; FIALE A. (2012), "**Diritto Fallimentare**", cit., pág. 164, reafirmando lo dispuesto por esta tesis minoritaria.

<sup>630</sup> Vid. Corte d'Appello di Firenze, Sez. I di 28 di febbraio 2005, num. 425, en la que se destaca que la acción revocatoria y la pauliana se diferencian en el elemento subjetivo. Así, la acción pauliana exige que exista un ánimo de defraudar a los acreedores (consilium fraudis), mientras que la revocatoria concursal sólo se fundamenta en el perjuicio patrimonial; Cassazione, Sez. I di 10 di

En lo que respecta a los **requisitos** de su ejercicio, el artículo 66 Legg. Fall. se remite al artículo 2901 Cc<sup>631</sup>. Será necesario, para el ejercicio de la acción pauliana, lo siguiente<sup>632</sup>:

- **Eventus damni**<sup>633</sup>: es el perjuicio patrimonial causado por el acto que pretende ser revocado. No sólo se refiere al estado de insolvencia como

---

**dicembre 1987, num. 9122**, en este sentido; **Cassazione, Sez. Unita di 28 di marzo 2006, num. 7028**, en este sentido. Añade que las diferencias consistirán en lo siguiente: 1. La pauliana precisa el elemento subjetivo en el deudor, mientras que la revocatoria no; 2. En la pauliana se tiene que precisar el perjuicio patrimonial sufrido, mientras que en la revocatoria no.

<sup>631</sup> Vid. POLISENO B. (2011), **“Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori”**, cit., pág. 153, *“il curatore deve provare la sussistenza delle condizioni previste dal combinato disposto degli artt. 66, 1º comma, l. fall. E 2901, 1º comma, n. 1 e 2, c.c.”*

<sup>632</sup> Vid. DEL GIUDICE F. (2012), **“Legge fallimentare esplicita. La normativa spiegata articolo per articolo”**, cit., pág. 66, donde hace un elenco general de los requisitos que tienen que darse para la prosperidad de la acción pauliana; FERNANDEZ CAMPOS J.A. (1997), **“Algunas consideraciones sobre la acción revocatoria en el Derecho Italiano”**, **Anuario de Derecho Civil**, núm. L-2, pág. 631 a 639, para un estudio de los requisitos de la acción pauliana más profundo, desde un aspecto civil, que coincide con lo dispuesto para la acción pauliana concursal; **Cassazione, Sez. I di 15 di marzo 1990, num. 2117**, en este sentido, enumerando los presupuestos de la acción pauliana en general; **Cassazione, Sez. III di 9 di aprile 2009, num 8680**, en el mismo sentido; **Cassazione, Sez. III di 15 di febbraio 2011, num. 3676**, en el mismo sentido; **Corte d’Appello di Firenze, Sez. I di 28 di febbraio 2005, num. 425**, en este sentido, enunciando los presupuestos de la acción pauliana; **Tribunale di Roma, Sez. IX di 21 di giugno 2013, num. 13691**, en el mismo sentido; **Tribunale di Roma, Sez. III di 5 di febbraio 2008, num. 2688**, en este sentido.

<sup>633</sup> Vid. FIALE A. (2011), **“Diritto Fallimentare”**, cit., pág. 174, *“la coincidenza tra danno e stato d’insolvenza comporta l’assoggettabilità alla revocatoria ordinaria non solo degli atti pregiudizievoli che hanno determinato tal stato, ma anche di quelli successivi, che concorrono ad aggravarlo”*.; BERTACCHINI E. (2011), **“Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori”**, cit., pág. 243, en el mismo sentido.; FIALE A. (2012), **“Diritto Fallimentare”**, cit., pág. 173; POLISENO B. (2011), **“Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori”**, cit., pág. 153; D’ARRIGO C. (2009), **“Pagamento di cambiale scaduta, atte fra coniugi, decadenza dall’azione, revocatoria ordinaria”**, cit., pág. 701; **Cassazione, Sez. I, di 12 di settembre 1998, num. 9092**, *“il curatore del fallimento che esperisca l’azione revocatoria ordinaria è tenuto a provare, a meno che non venga ipotizzata una dolosa preordinazione dell’atto dispositivo al fine di pregiudicare il soddisfacimento del credito, che il credito dei creditori ammessi o di alcuni dei creditori ammessi al passivo era già sorto al momento del compimento dell’atto che si assume pregiudizievole, quale era la consistenza dei loro crediti, quale era la consistenza quantitativa e qualitativa del patrimonio del debitore subito dopo il compimento dell’atto che si assume pregiudizievole, consentendo soltanto la acquisizione di tali dati di verificare in concreto, attraverso il loro raffronto, se l’atto in questione abbia effettivamente pregiudicato le ragioni dei creditori”*; **Cassazione, Sez. I di 10 di dicembre 1987, num. 9122**, en este sentido; **Cassazione, Sez. Unita di 28 di marzo 2006, num. 7028**, en este sentido; **Cassazione, Sez. III di 9 aprile 2009, num. 8680**, en el mismo sentido; **Corte d’Appello di Firenze, Sez. I, di 28 di febbraio 2005, num. 425**, se posiciona en un concepto amplio de perjuicio patrimonial; **Tribunale di Teramo di 05 di febbraio 2013, num. 91**, en el mismo sentido; **Corte d’Appello di Roma, Sez. I, di 12 di settembre 2011**, en el mismo sentido; **Corte d’Appello di Bari, Sez. I di 30 di dicembre 2008, num. 1180**, como ejemplo de la afectación de la par conditio creditorum; **Tribunale di Arezzo di 3 di maggio 2013, num. 463**, en el mismo sentido; **Cassazione, Sez. I di 3 di maggio 2007, num. 10208**, en el mismo sentido; **Corte d’Appello di Firenze, Sez. I, di 11 di marzo 2004**, en e mismo sentido; **Corte d’Appello di Bologna di 24 di gennaio 2007**, en el miso sentido; **Tribunale di Roma, Sez. IX di 21 di giugno 2013, num. 13691**, en el mismo sentido; **Corte d’Appello di Bologna, Sez. II di 21 di gennaio 2003**, en el mismo sentido; **Corte d’Appello di Napoli di 11 di**

perjuicio patrimonial, sino a la agravación del mismo. Por tanto, si el acto revocado fue causa directa del estado de insolvencia, o bien agravó la insolvencia del deudor, se manifiesta este requisito.

- Que el negocio jurídico objeto de la acción haya sido válidamente constituido<sup>634</sup>. En caso contrario no estaríamos hablando de una declaración de ineficacia, sino de la nulidad del mismo.
- *Scientia damni* o *consilium fraudis*<sup>635</sup>. Supone el elemento subjetivo o volitivo de la acción pauliana. La *scientia damni*<sup>636</sup> implica la voluntad del

---

**luglio 2007**, en el mismo sentido; **Tribunale di Roma, Sez. III di 5 di febbraio 2008, num. 2688**, en el mismo sentido.

<sup>634</sup> Vid. **Cassazione, Sez. III 18 di febbraio 1991, num. 1691**, en la que se exige que a acción pauliana parta de un negocio válidamente constituido. Todo acto patrimonial correctamente celebrado, que provoque un perjuicio a los acreedores, podrá ser objeto de dicha acción. Sin embargo, en el caso en que presentare un vicio insanable, sería objeto de la acción de nulidad. Por tanto, sólo será objeto de la acción pauliana los actos jurídicos válidamente celebrados; **Tribunale di Reggio Emilia di 27 di agosto 2011, num. 1337**, en este sentido; **Tribunale di Roma, Sez. III, di 5 di febbraio 2008, num. 2688**, en el mismo sentido diferenciando entre las acciones revocatorias (concurso y civil) y la acción de nulidad. Así dispone que si el negocio jurídico adolece de vicios será objeto de nulidad, mientras que si está perfectamente constituido, sólo será revocable, en tanto en cuanto sea perjudicial para los intereses de los acreedores.; **Corte d'Appello di Bari, Sez. I di 30 di dicembre 2008, num. 1180**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 21 di giugno 2000, num. 8419**, en la que se dice que la acción revocatoria parte de un negocio válidamente celebrado; **Cassazione, Sez. III di 24 di luglio 2003, num. 11561**, en este sentido, estableciendo que esta es la principal diferencia con la acción de nulidad; **Cassazione, Sez. III di 29 di maggio 2003, num. 8600**, en este sentido;

<sup>635</sup> Vid BERTACCHINI E. (2011), "**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**", cit., pág. 243, en la que define el elemento subjetivo, de forma general, como "*conoscenza della lesione della garanzia patrimoniale arrecata dall'atto impugnato nel momento in cui lo stesso è stato compiuto. L'esistenza dell'elemento soggettivo deve essere provata nono solo in capo al terzo, ma anche nei confronti del debitore fallito. La prova può essere data anche mediante presunzioni semplici*"; FIALE A. (2012), "**Diritto Fallimentare**", cit., pág. 173, en el mismo sentido; POLISENO B. (2011), "**Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**", cit., pág. 153; D'ARRIGO C. (2009), "**Pagamento di cambiale scaduta, atte fra coniugi, decadenza dall'azione, revocatoria ordinaria**", cit., pág. 701; **Corte d'Appello di Bari, Sez. I di 30 di dicembre 2008, num. 1180**, en este sentido, remarcando la necesidad de probar el elemento subjetivo de la acción pauliana, salvo que se confiese la concurrencia del elemento volitivo, se presume iuris et de iure, o se presume iuris tantum (en cuyo caso se desplaza la carga de la prueba); **Corte d'Appello di Bologna, Sez. II di 21 di gennaio 2003**, en la que se define de forma genérica el elemento subjetivo, además de remarcar la necesidad de su prueba; **Tribunale di Roma, Sez. III di 5 di febbraio 2008, num. 2688**, sobre la necesidad del elemento subjetivo en la acción pauliana; **Cassazione, Sez. I di 12 di settembre 1998, num. 9092**, sobre la necesidad de proba el elemento subjetivo tanto en el deudor como en el tercero adquirente; **Cassazione, Sez. III di 15 di febbraio 2011, num. 3676**, en este sentido, definiendo el elemento subjetivo de manera genérica.

<sup>636</sup> Vid. FIALE A. (2011), "**Diritto Fallimentare**", cit., pág. 174, "*secondo la prevalente dottrina, la scientia damni (nel debitore) ed il consilium fraudis (nel terzo) consistono nella scientia decotiois*", refiriéndose a que el deudor concoca de su estado de insolvencia y tiene intención de perjudicar a los acreedores con este acto; **Cassazione, Sez. I di 4 di maggio 2009, num. 10209**, en este sentido; **Tribunale di Teramo di 5 di febbraio 2013, num. 91**, en la que se define el elemento subjetivo como el conocimiento del estado de insolvencia del deudor, y de que por medio de la realización del acto se atenta contra las posibilidades de realización de los derechos de los acreedores; **Cassazione, Sez. I di 10 di dicembre 1987, num. 9122**, en este sentido,

deudor de actuar en contra de los derechos de los acreedores. El *consilium fraudis*<sup>637</sup> es el conocimiento, real y efectivo<sup>638</sup>, del tercero con quien se realiza el acto, del perjuicio que se está causando. Ambas serán tenidas en cuenta en el momento en que se realizó el acto. A diferencia de la acción revocatoria fallimentare, será necesario probar el elemento volitivo en todos los casos. La carga de su prueba le corresponde al Administrador Concursal<sup>639</sup>, pudiendo probar el elemento subjetivo, o bien acudir a las presunciones<sup>640</sup> e indicios<sup>641</sup>.

---

diciendo que se tendrá que probar que el deudor actuaba en fraude de acreedores, es decir, conociendo que con el acto patrimonial dificultaba el derecho de crédito de sus acreedores; **Cassazione, Sez. II di 25 di gennaio 2006, num. 1413**, en este sentido, indicando además unos ejemplos de presunciones de la *scientia damni*; **Cassazione, Sez. III di 15 di febbraio 2011, num. 3676**, en la que, define el elemento subjetivo en ambos sentidos. Añade que se tendrá que demostrar el elemento subjetivo en el deudor cuando el negocio jurídico sea oneroso, ya que en los gratuitos se presume *iuris et de iure*; **Tribunale di Teramo di 5 di febbraio 2013, num. 91**, en la que se dice que la presunción del elemento volitivo sólo concurrirá en los negocios onerosos, ya que en los gratuitos siempre se presume; **Cassazione, Sez. III di 9 di aprile 2009, num. 8680**, en este sentido sobre los negocios jurídicos onerosos; **Cassazione, Sez. III di 15 di febbraio 2011, num. 3676**, en este sentido sobre los negocios jurídicos onerosos, en cuyo caso se presume el elemento subjetivo tanto en el deudor como en los acreedores; **Cassazione, Sez. I di 15 di marzo 1990, num. 2117**, sobre la presunción absoluta en los negocios de tipo gratuito.

<sup>637</sup> Vid. FIALE A. (2011), "**Diritto Fallimentare**", cit., pág. 174, "*non è sufficiente, invece, dimostrare che il terzo conosce lo stato d'insolvenza del debitore, ma occorre la prova della conoscenza del pregiudizio*"; **Tribunale di Arezzo di 3 di maggio 2013, num. 463**, en definiendo la mala fe en el tercero como el conocimiento de la situación patrimonial del deudor, y por consiguiente, de que el acto de disposición patrimonial que se está llevando a cabo, revierte en un perjuicio de acreedores; **Corte d'Appello di l'Aquila di 5 di ottobre 2011, num. 995**, en la que apunta que ha de tratarse de un conocimiento real y efectivo del desajuste patrimonial del deudor, y no la mera posibilidad de conocimiento del mismo; **Corte d'Appello di Firenze, Sez. I di 28 di febbraio 2005, num. 425**, en el mismo sentido;

<sup>638</sup> Vid. **Cassazione, Sez. I di 4 di maggio 2009, num. 10209**, "*Infatti, in materia di revocatoria fallimentare, se la conoscenza da parte del terzo contraente dello stato d'insolvenza dell'imprenditore deve essere effettiva e non meramente potenziale, assumendo la concreta situazione psicologica della parte del momento dell'atto impugnato e non pure la semplice conoscibilità oggettiva ed astratta delle condizioni economiche della controparte, tuttavia, poiché la legge non pone limiti in ordine ai mezzi a cui può essere affidato l'assolvimento dell'onere della prova da parte dal curatore*"; **Cassazione, Sez. I di 13 di ottobre 2005, num. 19894**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 4 di novembre 1998, num. 11060**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 25 di luglio 1995, num. 8083**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 11 di febbraio 1995, num. 1545**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 3 di maggio 2007, num. 10208**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 28 di agosto di 2001, num. 11289**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 2 di luglio 2007, num. 14978**, en este sentido.; **Corte d'Appello l'Aquila di 5 di ottobre 2011, num. 995**, en este sentido.

<sup>639</sup> Vid. FIALE A. (2011), "**Diritto Fallimentare**", cit., pág. 174, "*il curatore deve offrire la prova della consapevolezza, da parte del debitore, di arrecare pregiudizio ai creditori*"; BERTACCHINI E. (2011), "**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**", cit., pág. 243, en el mismo sentido; **Cassazione Sez. I di 12 di settembre 1998, num. 9092**, en el mismo sentido, diciendo que el administrador concursal tendrá que probar la concurrencia del elemento subjetivo, a no ser que concorra presunción del elemento volitivo. En este caso se invierte la carga de la prueba, teniendo que demostrar, tanto el deudor como el tercero adquirente, que efectivamente desconocían de las consecuencias perjudiciales del acto patrimonial; **Corte d'Appello di l'Aquila**

---

**di 5 di ottobre 2011, num. 995**, en el mismo sentido; **Corte d'Appello di Firenze, Sez. I, di 28 di febbraio 2005, num. 425**, en el mismo sentido.

<sup>640</sup> La jurisprudencia ha establecido una serie de presunciones respecto al elemento subjetivo de la acción pauliana. En caso de acudir a una de las presunciones del conocimiento perjudicial de los actos patrimoniales, se invertirá la carga de la prueba, por lo que serán los demandados quienes tendrán que acreditar que desconocían de este carácter defraudatorio. En este sentido véase: **Tribunale di Arezzo di 3 di maggio 2013, num. 463**, en la que se presume que las entidades bancarias conocen el desajuste patrimonial del deudor, ya que están completamente informados de todos sus movimientos económicos; **Corte d'Appello di Napoli di 11 di luglio 2007**, sobre la presunción del consilium fraudis en las entidades bancarias; **Corte d'Appello di l'Aquila di 5 di ottobre 2011, num. 995**, en la que se presume el elemento subjetivo en base a que la información patrimonial del deudor es de conocimiento público (en este caso deviene por una noticia de prensa sobre el estado patrimonial del deudor); **Cassazione, Sez. I di 17 di marzo 1995, num. 3083**, sobre esta presunción; **Corte d'Appello di Bari, Sez. I di 30 di dicembre 2008, num. 1180**, en la que se presume que el Abogado conoce la situación patrimonial del deudor en tanto en cuanto ha asesorado al deudor; **Corte d'Appello di Firenze, Sez. I di 28 di febbraio 2005, num. 425**, en la que se presume el carácter defraudatorio de la compraventa cuando el precio de venta del bien es desmesuradamente bajo, respecto al valor real del bien; **Cassazione, Sez. I di 10 di dicembre 1987, num. 9122**, sobre la presunción en la venta a precio muy bajo; **Cassazione, Sez. III di 15 di febbraio 2011, num. 3676**, para la presunción cuando el deudor vende todos sus bienes de forma masiva; **Corte d'Appello di Bologna di 24 di gennaio 2007**, reafirmando la presunción del elemento subjetivo de las entidades bancarias; **Corte d'Appello di Bologna, Sez. II di 21 di gennaio 2003**, en la que se reafirma sobre la presunción del elemento subjetivo cuando la información patrimonial del deudor es de público conocimiento; **Tribunale di Roma, Sez. III di 5 di febbraio 2008, num. 2688**, en la que se presume que los actos patrimoniales del deudor con sus socios o con socios de otras entidades del mismo grupo que la deudora, se han realizado en fraude de acreedores; **Tribunale di Reggio Emilia di 27 di agosto di 2011, num. 1337**, en la que se presume el consilium fraudis cuando el tercero ha tenido conocimiento de la propuesta de Acuerdo de Refinanciación, ya que es prueba de que el deudor estaba en estado de crisis; **Cassazione, Sez. I di 13 di gennaio 2010, num. 391**, remarcando la necesidad de acudir a las presunciones y diciendo que si se puede demostrar que el tercero tuvo conocimiento de la pendencia de procesos ejecutivos en el momento en que se constituyó el acto patrimonial, se presume el elemento subjetivo; **Cassazione, Sez. I di 4 di maggio 2009, num. 10209**, en este sentido sobre la presunción por conocimiento de los procesos ejecutivos del deudor; **Tribunale di Bari, Sez. IV di 13 di settembre 2012, num. 2868**, en la que se habla de la dificultad, y casi imposibilidad de probar la concurrencia del elemento subjetivo, al quedar encerrado en la esfera interna de las partes. Sin embargo, a través de las presunciones puede acreditarse la concurrencia de este presupuesto; **Cassazione, Sez. I di 3 di maggio 2007, num. 10208**, en este sentido; También puede versar sobre la condición del tercero. En este sentido véase **Cassazione, Sez. Unita di 28 di marzo 2006, num. 7028**; **Cassazione, Sez. I di 7 di febbraio 2001, num. 1719**; **Cassazione, Sez. I di 11 di novembre 1998, num. 11369**;

<sup>641</sup> Vid. **Corte d'Appello di Roma, Sez. I di 12 di settembre 2011, num. 3643**, en la que la prueba del elemento subjetivo proviene de la concurrencia de indicios. Los indicios implican un nivel de credibilidad inferior a una certeza, que solos no pueden demostrar el elemento subjetivo. Sin embargo, la concurrencia de indicios puede formar la convicción del Juez, quedando demostrado el elemento volitivo en la acción pauliana; **Corte d'Appello di Bologna di 24 di gennaio 2007**, en este sentido; **Tribunale di Roma, Sez. IX di 21 di giugno 2013, num. 13691**, en el mismo sentido; **Cassazione, Sez. I di 13 di gennaio 2010, num. 391**, en este sentido, diciendo que si no se, forma una presunción por determinadas circunstancias, ésta puede ser considerada como un indicio; **Cassazione, Sez. I di 7 di febbraio 2001, num. 1719**, en la que se dice que el indicio en sí no supone una prueba del elemento volitivo, sino que acompañará a las presunciones con la finalidad de que al Juez alcance convencimiento; **Cassazione, Sez. I di 21 di gennaio 2000, num. 656**, en la que se dice que el Juez conocerá la concurrencia del elemento volitivo a través de indicios y presunciones; **Cassazione, Sez. I di 11 di novembre 1998, num. 11369**, en este sentido; **Cassazione, Sez. III di 15 di febbraio 2011, num. 3676**, en este sentido.

- Nexo de causalidad. Este requisito consiste en la relación causal entre el acto patrimonial y el perjuicio causado. Así, el acto patrimonial revocado tiene que ser causa directa del perjuicio patrimonial a la masa activa<sup>642</sup>, lo que repercute a los derechos de los acreedores.

No se dice nada en la Legge Fallimentare sobre los **actos que son revocables** bajo la acción pauliana. A diferencia de cuanto se establece para la acción revocatoria concursal (ex art. 67 I y II Legg. Fall), no se prevé ningún supuesto específico de actos revocables expresamente por la acción pauliana.

Es por ello por lo que la doctrina considera que se podrá ejercitar contra todos los actos patrimoniales<sup>643</sup> que efectúe el deudor, siempre y cuando cumplan tales requisitos. Incluso, se considera, como ya se ha expuesto, una acción residual o subsidiaria<sup>644</sup>.

En lo que refiere a los **actos excluidos de la acción pauliana**, el artículo 2901 III Cc<sup>645</sup>, sólo se refiere a la irrevocabilidad del pago de un crédito vencido.

Sin embargo, nos planteamos si deben hacerse extensivas las excepciones a la revocación de los actos, reconocidas en el artículo 67 III Legg. Fall. Estas excepciones se encuentran previstas para la acción revocatoria fallimentare. Si bien resulta un contrasentido que el legislador impida el ejercicio de la acción revocatoria fallimentare y permita, por otro lado, el ejercicio de la acción pauliana.

<sup>642</sup> Vid. FIALE A. (2011), "**Diritto Fallimentare**", cit., pág. 175, donde define el nexo de causalidad como la relación entre el acto patrimonial y el perjuicio causado. Continúa diciendo que, a diferencia de la acción pauliana civil (ex art. 2901 Cc), resulta indiferente que se haya materializado un daño mayor a ciertos acreedores, ya que el perjuicio patrimonial se tendrá en cuenta respecto de la masa activa concursal. Esto se debe a que, si el deudor actúa minando su propio patrimonio, la masa activa se verá disminuida, por lo que se pueden trincar los derechos de los acreedores que integran la masa pasiva concursal.; FIALE A. (2012), "**Diritto Fallimentare**", cit., pág. 173, en el mismo sentido; D'ARRIGO C. (2009), "**Pagamento di cambiale scaduta, atte fra coniugi, decadenza dall'azione, revocatoria ordinaria**", cit., pág. 701, el cual más que el nexo de causalidad, trata la especificación del negocio jurídico que provoca el perjuicio en cuestión. Sin embargo, se refiere al nexo causal, ya que será precisa la especificación del negocio jurídico para poder probar la relación del causalidad; **Cassazione, Sez. I di 10 di dicembre 1987, num. 9122**, sobre la necesidad de la concurrencia de este nexo causal.

<sup>643</sup> Vid. BERTACCHINI E. (2011), "**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**", cit., pág. 243, "*L'azione revocatoria ordinaria può essere esercitata, in alternativa con la revocatoria fallimentare, anche nei confronti di atti posti in essere nel c.d. periodo sospetto*", lo que indica que no se limita a ningún cto específico del deudor, sino que se puede ejercitar, incluso alternativamente con la acción revocatoria.

<sup>644</sup> Vid. FIALE A. (2012), "**Diritto Fallimentare**", cit., pág. 172, "*quando gli atti dispositivi compiuti dal creditore non rientrano nelle categorie di atti sottoposti alla revocatoria fallimentare, al curatore rimane, comunque, sempre la possibilità di esperire la revocatoria ordinaria, ai sensi degli artt. 2901 e seguenti c.c.*".

<sup>645</sup> El **artículo 2901 III Cc**, dispone que "*Non è soggetto a revoca l'adempimento di un debito scaduto*"; BERTACCHINI E. (2011), "**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**", cit., pág. 243, "*L'integrale applicazione dell'art. 2901 c.c. comporta la non revocabilità del pagamento di debiti scaduti e della costituzione di garanzie per debiti scaduti*".

La doctrina<sup>646</sup> se posiciona extendiendo la aplicación de las excepciones, recogidas en el artículo 67 III Legg. Fall., a la acción pauliana. Se basa en que es la interpretación más coherente con la irrevocabilidad de ciertos actos.

Por consiguiente, sí serán de aplicación las excepciones a la acción revocatoria fallimentare, recogidas en el artículo 67 III Legg. Fall. Por ello un Acuerdo de Refinanciación típico (ex art. 182 bis Legg. Fall.), será igualmente irrevocable bajo la acción pauliana<sup>647</sup>.

---

<sup>646</sup> Vid. POLISENO B. (2011), “**Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 153, “*Stante il generico riferimento all’azione revocatoria di cui all’art. 67, 3º comma si è, da più parti, affermata l’operatività delle esenzioni ivi previste, inoltre nei giudizi di revocatoria ordinaria ex art. 66*”; D’ARRIGO C. (2009), “**Pagamento di cambiale scaduta, atte fra coniugi, decadenza dall’azione, revocatoria ordinaria**”, cit., pág. 702, en la que se posiciona en el mismo sentido diciendo que, “*posto che le esenzioni di cui all’art. 67, 3º co., l. fall. Certamente no riguardano l’azione revocatoria ordinaria avviata dal creditore individuale, a ragionare diversamente si porrebbe al paradossale risultato che la masa dei creditori in sede concorsuale si troverebbe in una situazione deteriore rispetto a quella in cui versaba ciascun singolo creditore prime della dichiarazione di fallimento*”; VALENSISE P. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare**”, cit., pág. 492, “*ritiene altresì di confermare il proprio convincimento in ordine ad un’interpretazione estensiva dell’ombrello cioè da proteggere gli atti esecutivi dell’accordo omologato non solo dalle azioni revocatorie fallimentari ex art. 67 l. fall., ma da ogni tipo di azione revocatoria esperibile da parte degli organi della procedura concorsuale, ivi comprese le azioni revocatorie ordinarie*”; TRENTINI C. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 325 y 326 en este mismo sentido. **Cassazione, Sez. I di 10 di dicembre 1987, num. 9122**, “*legittimazione appartiene al curatore non in rappresentanza dell’uno o dell’altro creditore anteriore o successivo al compimento del negozio giuridico revocando, ma per diretta attribuzione a lui, che nella veste di terzo, diventa titolare del diritto di agire a tutela degli interessi di tutti i creditori (del fallito) siano essi anteriori o successivi all’attuazione dell’atto di alienazione del bene da parte del debitore, di poi fallito.*”; **Cassazione, Sez. I di 15 di marzo 1990, num. 2117**, en este sentido, diciendo que sólo puede estar legitimado el curatore por ser garante de los intereses concursales; **Cassazione Sez. Unita di 28 di marzo 2006, num. 7028**, en este sentido, diciendo que el curatore es el único legitimado para acreditar la concurrencia de los requisitos de la acción pauliana; **Cassazione, Sez. I di 13 di ottobre 2005, num. 19894**, en este sentido, y sobre la carga de la prueba; **Cassazione, Sez. I di 4 di novembre 1998, num. 11060**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 11 di febbraio 1995, num. 1545**, en este sentido.

<sup>647</sup> Vid. **Cassazione, Sez. I di 10 di dicembre 1987, num. 9122**, “*legittimazione appartiene al curatore non in rappresentanza dell’uno o dell’altro creditore anteriore o successivo al compimento del negozio giuridico revocando, ma per diretta attribuzione a lui, che nella veste di terzo, diventa titolare del diritto di agire a tutela degli interessi di tutti i creditori (del fallito) siano essi anteriori o successivi all’attuazione dell’atto di alienazione del bene da parte del debitore, di poi fallito.*”; **Cassazione, Sez. I di 15 di marzo 1990, num. 2117**, en este sentido, diciendo que sólo puede estar legitimado el curatore por ser garante de los intereses concursales; **Cassazione Sez. Unita di 28 di marzo 2006, num. 7028**, en este sentido, diciendo que el curatore es el único legitimado para acreditar la concurrencia de los requisitos de la acción pauliana; **Cassazione, Sez. I di 13 di ottobre 2005, num. 19894**, en este sentido, y sobre la carga de la prueba; **Cassazione, Sez. I di 4 di novembre 1998, num. 11060**, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 11 di febbraio 1995, num. 1545**, en este sentido.

Respecto a los **aspectos procesales** de la acción pauliana, podemos decir que suponen la adecuación<sup>648</sup> de lo previsto para la acción revocatoria civil (ex art. 2901 ss Cc) a lo dispuesto en la Legge Fallimentare.

Así, la legitimación activa<sup>649</sup> corresponde únicamente al administrador concursal, sin que pueda interponerse la acción pauliana por ningún acreedor singular.

La doctrina<sup>650</sup> precisa que, el acreedor que ejercitase la acción revocatoria civil, previa declaración del concurso, perderá la legitimación activa una vez sea declarado el concurso. Esto se debe a que, antes de la declaración de concurso, se puede ejercitar la acción ex art. 2901 Cc, pero tras su declaración, se aplicará lo dispuesto en el artículo 66 Legg. Fall., pasando la legitimación activa al administrador concursal.

Así, la carga de la prueba<sup>651</sup> de los requisitos necesarios para la prosperidad de la acción pauliana corresponde al administrador concursal únicamente.

La competencia para resolver sobre la revocación del acto, en la acción pauliana, corresponde igualmente al tribunal fallimentare<sup>652</sup>. Es el Tribunal competente para

---

<sup>648</sup> Vid. DEL GIUDICE F. (2012), "**Legge fallimentare esplicata. La normativa spiegata articolo per articolo**", cit., pág. 66 y 67, en la que, comentando la acción pauliana, hace una visión comparativa entre la acción pauliana civil, y la acción pauliana ejercitada dentro del proceso concursal. De esta posición puede apreciarse claramente cómo se adecúa la acción pauliana civil al proceso concursal en la mayoría de sus aspectos; POLISENO B. (2014), "**Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**", cit., pág. 152, en este sentido.

<sup>649</sup> Vid BERTACCHINI E. (2011), "**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**", cit., pág. 242, "*La legittimazione a proporre l'azione revocatoria ordinaria spetta quindi esclusivamente al curatore davanti al tribunale fallimentare*"; D'ARRIGO C. (2009), "**Pagamento di cambiale scaduta, atte fra coniugi, decadenza dall'azione, revocatoria ordinaria**", cit., pág. 700, en el mismo sentido; **Corte d'Appello di Roma, Sez. I di 12 di settembre 2011, num. 3643**, en la que se dice que el administrador concursal, como garante de los derechos e intereses del proceso concursal, es el único legitimado para el ejercicio de la acción pauliana en el proceso concursal; **Tribunale di Vicenza, Sez. I di 27 di marzo 2012**, en este sentido; **Corte d'Appello di Firenze, Sez. I di 2 di ottobre 2006, num. 1600**, en el mismo sentido.

<sup>650</sup> Vid. BERTACCHINI E. (2011), "**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**", cit., pág. 242, "*In presenza di azioni già proposte da uno o più creditori nei confronti del debitore poi fallito, il giudizio si interrompe, in quanto i creditori perdono la legittimazione a proseguirlo*"; D'ARRIGO C. (2009), "**Pagamento di cambiale scaduta, atte fra coniugi, decadenza dall'azione, revocatoria ordinaria**", cit., pág. 700, en el mismo sentido.; FIALE A. (2012), "**Diritto fallimentare**", cit., pág. 173 y 174.; POLISENO B. (2011), "**Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**", cit., pág. 153, en este mismo sentido, añadiendo que "*il curatore interviene nel giudizio per sostituirsi al creditore, nelle forme dell'intervento volontario, secondo l'art. 105, 1ª comma, c.p.c., l'azione proposta dal creditore diviene improcedibile, non potendo rimanere nel processo né come parte né come interventore adesivo; poiché l'azione del curatore è esercitata per tutelare l'intera massa dei creditori*".

<sup>651</sup> Vid. BERTACCHINI E. (2011), "**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**", cit., pág. 243, "*La prova della sussistenza di entambi i presupposti spetta al curatore (in quanto attore), non essendo prevista alcuna deroga al regime probatorio ordinario*"; FIALE A. (2011), "**Diritto Fallimentare**", cit., pág. 174, en este sentido; **Cassazione Sez. I di 12 di settembre 1998, num. 9092**, en el mismo sentido; **Corte d'Appello di l'Aquila di 5 di ottobre 2011, num. 995**, en el mismo sentido; **Corte d'Appello di Firenze, Sez. I, di 28 di febbraio 2005, num. 425**, en el mismo sentido.

resolver de la acción revocatoria ordinaria, o para la declaración del concurso, ex art. 9 Legg. Fall. Esto se debe a que el mencionado precepto dispone que este tribunal será el único competente para conocer de todas aquellas cuestiones incidentales que surjan en torno al proceso concursal.

La prescripción de la acción pauliana reviste cierta problemática. Se duda sobre la aplicación del plazo de 5 años desde la fecha en que se produjo el acto, o bien, el plazo de prescripción dispuesto en el artículo 69 bis Legg. Fall.

La doctrina<sup>653</sup> ha resuelto esta cuestión comparando ambos preceptos legales. Ha llegado a la conclusión de que ambos son totalmente compatibles, ya que el artículo 69 bis Legg. Fall. establece un plazo de prescripción de 3 años desde la declaración del concurso, y 5 años desde la constitución del acto.

Por tanto, y en base al principio de especialidad de la norma concursal, se deberá aplicar el artículo 69 bis Legg. Fall., ya que no contradice en absoluto lo dispuesto en el artículo 2903 Cc.

En lo referente a los **efectos de la acción pauliana**, diremos resumidamente que serán los previstos en el artículo 70 Legg. Fall. para la acción revocatoria fallimentare<sup>654</sup>. Ello se basa en la adecuación de la acción pauliana civil a las

---

<sup>652</sup> Vid. FIALE A. (2012), "**Diritto Fallimentare**", cit., pág. 173, "*la competenza a conoscere del giudizio è attribuita al tribunale fallimentare (art. 66, comma 2, L.F.)*"; **Corte d'Appello di Firenze, Sez. I di 8 di marzo 2005, num. 506**, en el mismo sentido, diciéndose que el Tribunal competente para la declaración de concurso, lo será también para todas las acciones que tengan incidencia en el patrimonio del deudor y en los intereses concursales, como ocurre con la acción pauliana ejercitada en el proceso concursal; **Cassazione, Sez. I di 30 di agosto 1994, num. 7583**, en este sentido.

<sup>653</sup> Vid. BERTACCHINI E. (2011), "**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**", cit., pág. 243, "*Il termine per l'esercizio dell'azione è quello di cinque anni previsto dall'art. 2903 c.c. in tema di prescrizione dell'azione revocatoria ordinaria. Tuttavia esso non decorre, come previsto dalla stessa norma, dalla data dell'atto, bensì dalla data della dichiarazione di fallimento, in ossequio al principio generale sancito dall'art. 2935 c.c. Nei confronti della revocatoria ordinaria trovano sicuramente applicazione i termini di decadenza (tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque cinque anni dal compimento dell'atto), introdotti con il nuovo art. 69-bis, l. fall*". En contra de esta postura FIALE A. (2012), "**Diritto Fallimentare**", cit., pág. 174, "*deve ricordarsi, infine, che il termine di prescrizione quinquennale decorre dalla data di stipulazione dell'atto impugnato e non da quella dichiarazione di fallimento*".

<sup>654</sup> Vid. DEL GIUDICE F. (2012), "**Legge fallimentare esplicita. La normativa spiegata articolo per articolo**", cit., pág. 67, "*Inoltre la revocatoria ordinaria nel fallimento determina direttamente, come la revocatoria fallimentare, il recupero del bene al patrimonio oggetto dell'esecuzione fallimentare*"; **Cassazione, Sez. I di 21 di giugno 2000, num. 8419**, en este sentido, sobre el efecto restitutorio de la acción pauliana ejercitada dentro del concurso; **Cassazione, Sez. III di 30 di luglio 2004, num. 14625**, en la que se explica el efecto restitutorio de la acción pauliana como la posibilidad de ejecutar bienes que indebidamente han salido del patrimonio del deudor. Igualmente no implica la necesidad de traslación de la propiedad nuevamente. Al ser ejercitada dentro del concurso, pasará a tener los mismos efectos que la acción revocatoria concursal, por lo que será de aplicación lo dispuesto en el artículo 70 de la Legge Fallimentare; **Cassazione, Sez. III di 18 di febbraio 1991, num. 1691**, en este sentido.

pesquisas del proceso concursal<sup>655</sup>. Por ello, el efecto restitutorio de la acción pauliana beneficiará a la masa pasiva concursal, y no sólo a algunos acreedores<sup>656</sup>.

Una vez estudiadas las acciones revocatorias que caben interponerse, apreciamos que no se podrán ejercitar contra un acuerdo de refinanciación típico (ex art. 182 bis Legg. Fall).

### 2.2.2.2 La acción de nulidad.

El legislador italiano no menciona en ningún momento la posibilidad de interponer acciones impugnatorias en el proceso concursal, a diferencia de lo dispuesto en el Derecho español (art. 71.7 y 72.2 Ley Concursal).

Sin embargo, la acción de nulidad siempre es ejercitable, tanto antes de la declaración de concurso<sup>657</sup>, como después. Por ello por lo que nos planteamos la posibilidad de interponer una acción impugnatoria, en sede concursal, para declarar la ineficacia de un acto patrimonial.

La acción idónea para poder revocar un acto jurídico es la acción de nulidad, regulada en los artículo 1418 y siguientes del Código Civil. Al ser una acción civil ejercitada dentro de un proceso concursal, tendrá que acomodarse a los principios del derecho concursal, al igual que ocurría con la acción pauliana.

---

<sup>655</sup> Vid. POLISENO B. (2011), “**Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 152, antes mencionado. Establece como cuestión introductoria de la acción pauliana la adecuación de s regulación en el artículo 2901 Cc, a lo dispuesto en la Legge Fallimentare, a través del artículo 66 Legg. Fall.

<sup>656</sup> Vid. DEL GIUDICE F. (2012), “**Legge fallimentare esplicita. La normativa spiegata articolo per articolo**”, cit., pág. 67, “*La revocatoria ordinaria esercitata del fallimento ha come effetto, ugualmente, la dichiarazione di inefficacia dell’atto, manei confronti dell’intera massa dei creditori e non importa se questi sono anteriori o posteriori all’atto.*”; D’ARRIGO C. (2009), “**Pagamento di cambiale scaduta, atte fra coniugi, decadenza dall’azione, revocatoria ordinaria**”, cit., pág. 700, en el mismo sentido.; POLISENO B. (2011), “**Gli effetti dell fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 153.

<sup>657</sup> Vid. APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., pág. 137 a 139, en la que explica que, previa a la declaración del concurso, cualquier acreedor o cualquier interesado puede interponer la acción de nulidad frente a cualquier acto de ejecución del Acuerdo de Refinanciación. Para ello tendrá que acreditar que concurren las causas de la nulidad de los negocios jurídicos. La nulidad sólo afectará al negocio jurídico en cuestión, no comporta al Acuerdo de Refinanciación entero. Por último, precisa que el acreedor que sea parte en dicho negocio jurídico, quedará como un acreedor ajeno al Acuerdo, con la especialidad de que su pago no tendrá que ser asegurado en los términos del artículo 182-bis I letras a) y b) Legge Fallimentare. Esto se debe a que la condición de acreedor disidente la ha adquirido con posterioridad a la homologación, por lo que su crédito no se ha visto reflejado en el informe del experto independiente, no pudiendo contemplarse dentro del juicio de idoneidad del Acuerdo para asegurar su pago íntegro.

En lo que refiere al **concepto** nulidad, se puede definir bajo el aforismo latino “quod nullum est, nullum producit effectum”<sup>658</sup>, es decir, lo que es nulo, produce efectos nulos.

La nulidad de un negocio jurídico es la declaración de que dicho acto jurídico nunca ha surgido<sup>659</sup>, por lo que tampoco ha podido producir efecto alguno.

La doctrina diferencia dos tipos de nulidad:

- La nulidad parcial: regulada en el artículo 1419 I Cc<sup>660</sup>, es aquella por la cual sólo será nulo parte de un negocio jurídico o de un contrato. El precepto dispone que el contrato con una cláusula nula, será nulo íntegramente, siempre que se demuestre el carácter esencial de la misma. La doctrina<sup>661</sup> precisa esta cuestión, basando el concepto en la

<sup>658</sup> Vid. SACCO R./ DE NOVA G. (2004), “**Il contratto**”, **Trattato di diritto civile**, Tomo Secondo, edit. UTET, Edizione III, Torino, pág. 543 y 544, “*Discende dalla definizione della nullità che (a parte tutte le eccezioni e deroghe viste fin qui, e a parte ogni altra necessaria precisazione) la causa di nullità osta all’efficacia dell’atto. Quod nullum est, nullum producit effectum! Un adagio così rotondo esercita un fascino straordinario*”; CALI R. (1887), “**Trattato delle nullità**”, **Diritto civile con la scorta della dottrina e della giurisprudenza per l’avvocato**, Edit. Unione tipografico-editrice, Torino, pág. 20, en el mismo sentido, y mencionando el aforismo latino en cuestión, aunque lo valora desde un punto de vista de la no necesidad de una acción de nulidad, ya que lo que es declarado nulo, nunca ha producido efectos.

<sup>659</sup> Vid. BIANCA M. (2000), “**il contratto**”, **Diritto Civile**, vol. III, Edit. Giuffrè, Milano, pág. 576, “*la nullità comporta la definitiva inidoneità dell’atto a produrre gli effetti suoi propri. Il contratto nullo è inefficace o senza effetto fin dall’origine. La nullità opera di diritto e può essere giudizialmente accertata in ogni tempo. Il contratto nullo è insuscettibile di convalida ma è soggetto a conversione in altro contratto valido, idoneo a realizzare uno scopo sostanzialmente equivalente*”. Continúa en la página 578 diciendo que es diferente a la inexistencia, ya que, ésta es la realidad por la que nunca ha habido contrato, mientras que la nulidad puede dar lugar a la inexistencia del contrato. El autor finaliza en la página 580 diciendo que la inexistencia no tiene que ser declarada, mientras que la nulidad sí; CALI R. (1887), “**trattato delle nullità**”, cit., pág. 16, en la que diferencia entre la nulidad y la inexistencia en el mismo sentido.

<sup>660</sup> El **artículo 1419 I Cc**, dispone que “*La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell’intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità.*”

<sup>661</sup> Vid. SACCO R./ DE NOVA G. (2004), “**Il contratto**”, cit., pág. 546, “*Incominciando dalla frase che indica l’ipotesi centrale contenuta nell’art. cit (“i contraenti non lo avrebbero concluso”), si insegna che la valutazione deve rapportarsi al momento della conclusione, e non a quello del giudizio. La nullità è integrale quando si deve ritenere che uno solo dei due contraenti avrebbe stretto il vincolo: a parte ogni altra ragione di principio, il rimedio della nullità integrale vuole appunto impedire sperequazioni, e là dove un solo contraente ha interesse all’efficacia dell’atto mutilato la sperequazione si fe evidente*”; MERZ S./SGUOTTI P. (2002), “**Manuale pratico delle invalidità: nullità, inesistenza, annullabilità, rescindibilità nel diritto civile-fallimentare-amministrativo-fiscale e previdenziale; nel processo civile tributario e amministrativo**”, con la colaboración de DALL’AQUA E./DEL MARTELLO C./FRANCESCHETTI P./LELLI-MAMI G./MANTORANA G./MERZ G. M./NARDINO S./PIETROPOLLI M./TRENTIN D./VETTORE T./ZITO G, Edit. CEDAM, Padova, págs 355 y 356 en la que explica la teoría general de la nulidad parcial como aquella situación regulada en el artículo 1419 Cc. Precisa que la nulidad parcial deviene de la nulidad de una cláusula del contrato, la cual es sustituible de forma automática, por el contenido de una norma imperativa. No requiere que la norma imperativa prevea la sustitución, sino que esta norma imperativa es la que pasa a sustituir la cláusula nula. Continúa diciendo que esto sólo será posible cuando no se demuestre que tal

esencialidad de la cláusula (“*i contraenti non lo avrebbero concluso*”). Así, la nulidad parcial no conlleva a la plena ineficacia del contrato, sino que puede dar lugar a su convalidación<sup>662</sup>, siempre y cuando sea esta la voluntad de las partes. Será manifestación del principio de respeto de la voluntad de las partes<sup>663</sup>.

- La nulidad total: Implica que el contrato o negocio jurídico no se ha constituido nunca, por lo que tampoco puede producir ningún efecto ni puede ser convalidado. Ésta adquiere un carácter excepcional<sup>664</sup>. Sólo quedará reservada para cuando fuere imposible convalidar el negocio jurídico (ex art. 1423 Cc<sup>665</sup>), bien por imposibilidad, bien por no haber voluntad por las partes. La nulidad total se considera garante del interés

---

cláusula sustituida, era esencial para el contrato. Especifica diciendo que la nulidad parcial es la regla general, por ser la más acorde con el principio de conservación del negocio jurídico, por lo que será la contraparte la que tenga que probar que la cláusula nula es esencial para la contratación, en el supuesto específico; BIANCA M. (2000), “**il contratto**”, cit., pág. 576, en el mismo sentido.

<sup>662</sup> Vid. SACCO R./ DE NOVA G. (2004), “**il contratto**”, cit., pág. 550 a 554 en la que se trata la cuestión de la convalidación del negocio jurídico, en base al artículo 1424 Cc. En síntesis, los autores consideran que la conversión del contrato es totalmente válida, siempre y cuando el vicio que posee el negocio jurídico sea subsanable. Es decir, será necesario que se trate de una nulidad parcial, ya que la nulidad total o integral no admite la convalidación. Para que se pueda efectuar la convalidación, será necesario que el contrato cumpla con los requisitos sustantivos y formales del nuevo negocio jurídico en que va a transformarse. También se pronuncian, en la pág. 551, que se requiere que las partes tengan voluntad expresa e inequívoca de querer convalidar el contrato. La justificación (pág. 553) que encuentran los autores de la posible convalidación radica en el principio de conservación de los negocios jurídicos, y en la posibilidad que tienen así los contratantes de adecuar un contrato, como manifestación de su voluntad, a la legalidad vigente.

<sup>663</sup> Vid. SACCO R./ DE NOVA G. (2004), “**il contratto**”, cit., pág. 545, para la justificación de la nulidad parcial y de la posibilidad de convalidación del negocio jurídico, diciendo “*Per giustificare l’efficacia del contratto depurato si osserva che la regola di conservazione (utile per inutile non vitiatur) corrisponde tanto al criterio dell’impiego più economico dei mezzi giuridici quanto al criterio del massimo rispetto per l’interesse e la volontà dei contraenti*”; DI MARZIO F. (1999), “**illicità delle clausole abusive**”, **Giustizia civile**, núm. 12, pág. 479 y siguientes, en la que, a lo largo de todo el apartado s, titulado “*cenni sui rapporti tra invalidità, nullità e inefficacia nella teoria general del contratto*”, estudia el concepto de nulidad total, desde un sentido negativo. Es decir, delimita en primer lugar la invalidez contractual, para posteriormente definir la nulidad. Se centra su postura en la relación entre la nulidad y la ineficacia, diciendo que la nulidad provoca la ineficacia contractual, pero sólo a efectos prácticos, ya que a efectos teóricos, la ineficacia parte de un negocio jurídico eficaz, mientras que la nulidad se basa en la inexistencia del negocio jurídico como tal.

<sup>664</sup> Vid. SACCO R./ DE NOVA G. (2004), “**il contratto**”, cit., pág. 548, “*L’estensione della nullità a tutto il contratto ha un carattere eccezionale*”.

<sup>665</sup> El **artículo 1423 Cc.**, dispone que “*Il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente*”; DI MARZIO F. (1999), “**illicità delle clausole abusive**”, cit., a lo largo de todo el apartado 5.5, con el título “*infine: insanabilità delle clausole abusive; ammissibilità della rinegoziazione*”, a lo largo del cual precisa ciertos supuestos en los que es posible la convalidación del negocio jurídico. Sin embargo, comenta el artículo 1423 Cc, diciendo “*In applicazione del principio generale posto dall’art. 1423 c.c., la dottrina della nullità respinge l’ipotesi di una sanatoria o convalida delle clausole abusive*”. Con ello, el autor quiere indicar que el principio de insanabilidad del negocio jurídico declarado totalmente nulo, es el principio general, como ocurre con las cláusulas abusivas que estudia el autor.

general o público<sup>666</sup>. Será el objeto de nuestro estudio, como acción impugnatoria.

Para que un negocio jurídico sea declarado nulo, es necesario que se de alguna de las causas de nulidad<sup>667</sup> previstas en el artículo 1418 Cc, las cuales son:

- El contrato es nulo cuando es contrario a una norma imperativa<sup>668</sup>, salvo que se disponga lo contrario. El precepto se refiere a una norma imperativa. Una norma de obligado cumplimiento sobre el resto. No se refiere a una norma dispositiva que regule un supuesto de hecho<sup>669</sup>. Se tratará de una norma que opera de modo coactivo o invalidante<sup>670</sup>. La

<sup>666</sup> Vid. GALGANO F. (2010), **“Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli contratti”**, **Trattato di Diritto Civile**, Edit. CEDAM, Edizione II, Volume Secondo, Pádova, pág. 320, *“deve trattarsi di un comando o di un divieto qualificabile come assoluto, siccome posto a tutela di un interesse generale.”*

<sup>667</sup> Vid. BIANCA M. (2000), **“il contratto”**, cit., págs.. 581, *“Cause di nullità sono in generale la mancanza o l'impossibilità originaria di un elemento costitutivo ovvero la illiceità.”*; CALI R. (1887), **“Trattato delle nullità”**, cit., pág. 9, en la que dispone otra teoría sobre las causas de nulidad de los contratos, *“Le cause delle nullità possono essere, come abbiamo visto, subbiettive, obbiettive o formali”*; **Tribunale di Roma, Sez. III di 5 di febbraio 2008, num. 2688**, en este sentido, esbozando todos los motivos por los que un negocio jurídico puede ser delcarado nulo. Para ello dice que *“Nella prospettazione dell'attrice, l'illiceità delle intese sarebbe apprezzabile sotto il profilo della illiceità della causa (art. 1343 c.c.) o del motivo determinante e comune alle parti (art. 1345 c.c.), ovvero in considerazione della contrarietà alla norma imperativa che sanziona con la nullità “il patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica” di cui all'art. 9 L.n. 192/1998, come modificato dall'art. 11 L.n.57/2001, in tema di abuso di dipendenza economica.”*

<sup>668</sup> Vid. MERZ S./ SUGUOTTI P. (2002), **“Manuale pratico delle invalidità: nullità, inesistenza, annullabilità, rescindibilità nel diritto civile-fallimentare-amministrativo-fiscale e previdenziale; nel processo civile tributario e amministrativo”**, cit., pág. 335, en la que dice que la norma imperativa será considerada en la fecha de perfeccionamiento del contrato, *“il negozio giuridico nullo all'epoca della sua perfezione, perchè contrario a nome imperative, non può divenire valido e acquistare efficacia per effetto della semplice abrogazione di tali disposizioni”*

<sup>669</sup> Vid. SACCO R./ DE NOVA G. (2004), **“Il contratto”**, cit., pág. 77, *“Nell'espressione contrarietà a norma imperativa, la parola “imperativa” è pleonastica. La norma non imperativa è a norma dispositiva, destinata a operare solo se le parti non hanno disposto. La parte che, consenziente il legislatore, deroga all'articolo del codice, non agisce in modo “contrario alla norma”, non agisce in modo “illegale”; esecita una prerogativa, riconosciuta dalla legge”.*; BIANCA M. (2000), **“il contratto”**, cit., pág. 582, en el mismo sentido, y añadiendo, en la pág. 583, que la justificación de esta causa de nulidad radica en que el contrato que atenta contra un mandato legislativo imperativo, no puede responder a unos intereses lícitos, por lo que tampoco podrán ser tutelados estos intereses por la norma civil; GALGANO F. (2010), **“Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli contratti”**, cit., pág. 319, en el mismo sentido; MERZ S./ SUGUOTTI P. (2002), **“Manuale pratico delle invalidità: nullità, inesistenza, annullabilità, rescindibilità nel diritto civile-fallimentare-amministrativo-fiscale e previdenziale; nel processo civile tributario e amministrativo”**, cit., págs. 336 y 337, en el mismo sentido, y eligiendo como modelo de norma imperativa a la norma penal.

<sup>670</sup> Vid. SACCO R./ DE NOVA G. (2004), **“Il contratto”**, cit., pág. 78, definiendo la norma imperativa como *“una norma scritta, almeno in quel senso generico per cui si dice che il nostro ordinamento è scritto; anche se non sempre è scritta la norma che qualifica come inderogabile, o imperativa, o invalidante, questa o quella norma scritta [...] Il legislatore non ha certo né la piasienza, ne l'abitudide, di avertici ogni volta in merito alla natura invalidante e imperativa delle regole che elabora”.*; GALGANO F. (2010), **“Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli**

doctrina<sup>671</sup> ha precisado una serie de problemas, los cuales no serán tratados aquí, en aras de la mayor brevedad.

- El contrato es nulo cuando no cumple alguno de los requisitos establecidos en el artículo 1325 Cc<sup>672</sup>. El contrato que no cumple con los requisitos necesarios para su constitución, se entenderá que no ha surgido<sup>673</sup>. Esta causa de nulidad no prevé excepción alguna<sup>674</sup>. Hay que destacar la falta de acuerdo entre las partes, ya que es el requisito más problemático de los contratos. Ello se debe a que supone el elemento volitivo del mismo. A modo simplificado, la doctrina<sup>675</sup> se centra en la nulidad cuando existe disparidad entre la voluntad interna de las partes, y la voluntad externa manifestada en el contrato.
- El contrato es nulo cuando su causa sea ilícita o cuando se base en un motivo ilícito (ex art. 1345 Cc). Éste será el único motivo por el cual se podrá impugnar realmente un negocio jurídico de ejecución del Acuerdo de Refinanciación. Esto se debe a que el resto de causas son claramente apreciables por el Tribunal. Sin embargo, sí es posible que el acto de ejecución del Acuerdo sea homologado, y posteriormente se descubra que su causa o su motivo era ilícito.

---

**contratti**", cit., pág. 321, que define la norma imperativa poniendo por ejemplo la norma penal. Considera que la norma penal es la norma imperativa modelo, ya que regula el Derecho de forma coactiva.

<sup>671</sup> Vid. SACCO R./ DE NOVA G. (2004), "**Il contratto**", cit., pág. 79 a 84, a lo largo de, las cuales diferencia varios supuestos problemáticos de la declaración de nulidad de un contrato, por contravenir una norma imperativa.; GALGANO F. (2010), "**Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli contratti**", cit., pág. 324, poniendo de manifiesto otras hipótesis de normas imperativas que prevén la nulidad.

<sup>672</sup> El **artículo 1325 Cc**, dispone que "*I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità*"

<sup>673</sup> Vid. GALGANO F. (2010), "**Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli contratti**", cit., pág. 325, "*nel comma 2º dell'art. 1418, una serie di regole analitiche: produce nullità, anzitutto, la mancanza di uno dei requisiti del contratto, indicati nell'art. 1325*"; BIANCA M. (2000), "**Il contratto**", cit., pág. 581, en el mismo sentido, enumerando los elementos del contrato, según el artículo 1325 Cc, y diciendo que la falta de alguno de estos elementos provoca la nulidad del contrato.

<sup>674</sup> Vid. GALGANO F. (2010), "**Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli contratti**", cit., pág. 325, "*È da notare che il comma 2º dell'art. 1418, a differenza del 1º, non contempla la possibilità di eccezioni; sicché la mancanza dei requisiti del contratto e le illiceità qui indicate operano quali immancabili cause di nullità del contratto, rispetto alle quali non è concepibile una diversa disposizione di legge*".

<sup>675</sup> Vid. BIANCA M. (2000), "**Il contratto**", cit., pág. 581, "*Per quanto atiene all'accordo la mancanza di esso deve intendersi come mancanza della fattispecie oggettiva in cui si identifica giuridicamente l'accordo e nono come deficienza della volontà negoziale*"; GALGANO F. (2010), "**Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli contratti**", cit., pág. 325 A 328, en las que estudia toda la cuestión de la nulidad contractual por vicios en el consentimiento, la posible casuística de dicho supuesto de hecho, y si cabe o no la convalidación del contrato o negocio jurídico.

- La irregularidad en el objeto (ex art. 1346 Cc<sup>676</sup>), implica la nulidad contractual. Todo contrato tiene que tener un objeto, el cual debe ser posible, lícito y determinado o determinable<sup>677</sup>.
- El contrato será nulo cuando la Ley así lo disponga<sup>678</sup>. Son los supuestos en los que se prevé expresamente la nulidad contractual, como supuesto de hecho de una norma.

El Tribunal, y el experto independiente, tendrán que evaluar todos los negocios y actos de ejecución del Acuerdo de Refinanciación, por lo que sólo nos centraremos en aquella causa de nulidad que es difícilmente perceptible para el operario jurídico.

De entre todas las causas que pueden dar lugar a la nulidad contractual, destacamos<sup>679</sup> la nulidad por **ilicitud o falsedad de causa**.

---

<sup>676</sup> El artículo 1346 Cc, dispone que *“L’oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile”*.

<sup>677</sup> Vid. GABRIELLI E. (2012), **“Il contratto e il suo oggetto nel diritto italiano”**, *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, núm. 1, para un estudio más detallado sobre el objeto del contrato; MERZ S./ SUGUOTTI P. (2002), **“Manuale pratico delle invalidità: nullità, inesistenza, annullabilità, rescindibilità nel diritto civile-fallimentare-amministrativo-fiscale e previdenziale; nel processo civile tributario e amministrativo”**, cit., págs. 338 y 339, en las que trata la nulidad por vicio en el objeto diciendo que la nulidad del contrato puede devenir por la falta de un objeto cierto en el contrato, por la imposibilidad del objeto del mismo (bien sea la entrega de un bien, o la realización de un comportamiento), por la ilicitud del objeto (que se trate de un objeto fuera del comercio de los hombres o un objeto ilegal), o bien la falta de indicación o identificación del objeto contractual (el objeto del contrato tiene que ser determinado o determinable, cierto e identificado o identificable); GALGANO F. (2010), **“Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli contratti”**, cit., pág. 229 a 236, en la que se define el objeto como el centro del contenido del contrato y se discuten los requisitos del objeto del contrato, desde un punto de vista del artículo 1346 Cc; **Cassazione, Sez. I di 15 di settembre 2011, num. 18864**, en este sentido, sobre la nulidad por vicio en el objeto contractual.

<sup>678</sup> Vid. GALGANO F. (2010), **“Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli contratti”**, cit., pág. 324, *“Il comma 3º dell’art. 1418 fa riferimento alla nullità testuale, cioè a quella espressamente comminata dalla legge; e questa ben può essere comminata anche per la violazione di norme attinenti a meri comportamento imposti alle parti contraenti, anche se in nulla attinenti alla determinazione del contenuto contrattuale.”*; SACCO R./ DE NOVA G. (2004), **“Il contratto”**, cit., pág. 78, en la que habla de la nulidad declarada por una norma imperativa, diciendo que *“l’imperatività della norma e la nullità del contratto c’è un rapporti di identità, e non di mera erivazione logica. Il contratto si dirà illecito”*.

<sup>679</sup> Las causas de nulidad expuestas en el texto son fácilmente apreciables por cualquier operario jurídico, salvo aquellas que afectan a la esfera interna de los contratantes. Puesto que los actos de ejecución del acuerdo de refinanciación serán evaluados por un experto independiente, y posteriormente por un Tribunal, es difícil, desde un punto de vista práctico, que se autorice a realizar un acto patrimonial nulo. Sin embargo, no resulta extraño que el acto que ejecuta el acuerdo de refinanciación sea realizado en fraude de Ley, o con causa ilícita, pues estos motivos de nulidad quedan sólo en la esfera interna de los contratantes. Por tanto, nos centraremos en la nulidad por ilicitud de causa y de motivo, ya que, Sí es posible que un acto patrimonial con causa ilícita, sea aprobado judicialmente, para la ejecución de un acuerdo de refinanciación.

La causa del contrato<sup>680</sup> es la justificación de la tutela de la autonomía privada. Es el vínculo que une a las partes contractuales y que las motiva para suscribir el contrato, o realizar el acto jurídico.

Ésta es regulada en el artículo 1343 Cc, que dispone que la causa es ilícita<sup>681</sup> cuando es contraria a la norma imperativa, al orden público, y a las buenas costumbres:

- La causa contraria a una norma imperativa: puede parecernos que este motivo de ilicitud de causa es similar al previsto como causa de nulidad directamente. Sin embargo, la doctrina<sup>682</sup> ha precisado sobre esta

---

<sup>680</sup> Vid. GALGANO F. (2010), **“Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I singoli contratti”**, cit., pág. 206 y 207, *“la causa è la funzione economico-sociale dell’atto di volontà, pè come la definiscono la relazioni che accompagnano il codice civile, la “giustificazione della tutela dell’autonomia privata”; un “vincolo al potere della volontà individuale”. Per costituire, regolare o estinguere un rapporto patrimoniale no è sufficiente la volontà delle parti interessate: perché un bene passi da un soggetto ad un altro, perché sorga l’obbligazione di un soggetto verso un altro soggetto, non basta l’accordo in tal senso fra alienante ed acquirente o fra debitore e creditore.”* En las páginas 207 a 213, el autor expone una serie de hipótesis sobre el objeto de determinados contratos.; CALI R. (1887), **“Trattato delle nullità”**, cit., pág. 13, en la que define la causa del contrato como la intencionalidad de las partes de obligarse mutuamente, en los contratos sinalmáticos; BIANCA M. (2000), **“Il contratto”**, cit., págs. 419 a 445, para una visión más profunda respecto a la causa, en la que define la causa del contrato como la razón que mueve a las partes para suscribir un contrato específico. En la página 420 muestra como es un elemento esencial de los contratos, pues la causa es la manifestación de los intereses que se tutelan por medio del contrato, además de suponer un criterio para la interpretación del propio contrato (pág. 426). Apunta las diferentes teorías sobre la causa (págs. 421 a 423), distinguiendo tres: 1. La teoría objetiva, por la que la causa viene dada por el tipo de obligación contractual; 2. La teoría subjetiva, en la que la causa es determinada por la intencionalidad de las partes; 3. La teoría sobre la función socio-económica de la causa, en la que a la causa contractual se le atribuye una función de inserción del contrato en el interés público y social. La considera como uno de los elementos de mayor trascendencia en lo que al contrato se refiere, pues cualifica al contrato (pág. 444) y lo dota de cierta justificación, necesaria para que el Derecho pueda proteger los intereses de las partes contractuales (págs. 428 a 432), y sin la cual, el contrato es nulo por no revestir un interés jurídicamente tutelable.

<sup>681</sup> Vid. SACCO R./ DE NOVA G. (2004), **“Il contratto”**, cit., pág. 59 y 60, *“In tema di causa, leggiamo che la sua illiceità rende nullo il contratto (art. 1418), e troviamo un chiarimento (certamente utilizzabile anche in tema di contenuto) per cui è illecito ciò è contrario a norme imperativa, all’ordine pubblico o al buon costume (art. 1343).”*.; GALGANO F. (2010), **“Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I singoli contratti”**, cit., pág. 330, *“L’oggetto, la causa o i motivi sono illeciti secondo formula che l’art. 1343 utilizza per la causa illecita, cuando sono contrari a norme imperative, all’ordine pubblico o al buon costume. Nel suo insieme la formula legislativa esprime una esigenza di difesa dei valori fondamentali della società: di difesa sia dei valor di natura collettiva, che attengono cioè alla pacifica e civile convivenza fra gli uomini e al loro progresso economico e sociale”*.; PIRRUCCHIO P. (2005), **“La nullità del contratto tra causa illecita e motivo illecito comune” Riv. Giur. Merito**, núm. 1, pág. 203 y siguientes, para un estudio más profundo sobre la ilicitud de causa como motivo para declarar la nulidad contractual. **Tribunale di Roma, Sez. III di 5 di febbraio 2008, num. 2688**, en este sentido, definiendo lo que se entiende por causa ilícita.

<sup>682</sup> Vid. GALGANO F. (2010), **“Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I singoli contratti”**, cit., pág. 331, donde distingue entre la norma imperativa ex art. 1418 I Cc (nulidad contractual), y la norma imperativa ex art. 1343 Cc (ilicitud de causa). Se posiciona diciendo que *“sono norme che si collocano al vertice della gerarchia di valori protetti dall’ordinamento giuridico: non sono solo,*

distinción diciendo que son normas que asientan los principios éticos, jurídicos y morales del ordenamiento jurídico.

- La causa contraria al orden público: por orden público, se entiende como aquellas normas que limitan la autonomía privada de la voluntad<sup>683</sup>. Se refiere a aquellas reglas de protección de los derechos individuales desde una dimensión social<sup>684</sup>. Sin embargo, esta cuestión, dada su amplitud será precisada por la casuística<sup>685</sup> existente, además de exigir su valoración específica por parte del Juez<sup>686</sup> que conozca de la acción de nulidad.

---

*come le norme imperative ex art. 1418, comma 1º, norme poste a tutela di interessi generali; sono, quali le definisce la Cassazione, i "principi giuridici ed etici fondamentale dell'ordinamento";* BIANCA M (2000), "**Il contratto**", cit., págs. 582 y 583, en el mismo sentido, diciendo que la norma no tiene que contener la sanción de nulidad, sino que debe tratarse de una norma de tipo coactivo o punitivo, que no prevea sanción diversa a la nulidad contractual. Toma como ejemplo la norma penal, cuya violación dará lugar a la nulidad contractual, aún no previéndola en su contenido positivo. La justificación que el autor da, se basa en que la causa contraria a la norma imperativa supone una serie de intereses contrarios a Derecho, por lo que no podrán ser tutelados jurídicamente; MERZ S./ SUGUOTTI P. (2002), "**Manuale pratico delle invalidità: nullità, inesistenza, annullabilità, rescindibilità nel diritto civile-fallimentare-amministrativo-fiscale e previdenziale; nel processo civile tributario e amministrativo**", cit., págs. 336 y 337, en el mismo sentido; **Cassazione, Sez. I di 29 di maggio 2003, num. 8600**, definiendo lo que se entiende por causa contraria a la Ley.

<sup>683</sup> Vid. SACCO R./ DE NOVA G. (2004), "**Il contratto**", cit., pág. 85, que da una visión del orden público desde un aspecto civil, diciendo que "*troviamo un gran numero di interpreti che intendono l'ordine público in modo tale da condurre (più o meno visibilmente) a negare allo stesso ogni rilievo autonomo.*"; GALGANO F. (2010), "**Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli contratti**", cit., pág. 331, en el mismo sentido, añadiendo la necesidad de que tales derechos se encuentren expresamente reconocidos en el ordenamiento jurídico, ya que en caso contrario se entendería como parte de las buenas costumbres.

<sup>684</sup> Vid. CALI R. (1887), "**Trattato delle nullità**", cit., págs. 11 y 12, "*Sen za dubbio l'addiettivo pubblico implica l'idea della collettività, e quindi puossi scambiare con quello di sociale. Il vocabolo ordine nel suo significato genuino significa quiete o tranquillità. Ora lo stato delle persone e la capacità che vi è congiunta sono alcuni dei fattori della tranquillità sociale [...]. Non invece riteniamo per leggi d'ordine pubblico tutte quelle che direttamente o indirettamente tendono a conservare la tranquillità dello Stato, e sotto questo punto di vista vi ha attinenza tra ordine pubblico e buoni costumi; se non che con quest'ultima espressione vuolsi particolarmente intendere tutto ciò che ha rapporto colla pubblica morale*"; SACCO R./ DE NOVA G. (2004), "**Il contratto**", cit., pág. 87, en el mismo sentido; MERZ S./ SUGUOTTI P. (2002), "**Manuale pratico delle invalidità: nullità, inesistenza, annullabilità, rescindibilità nel diritto civile-fallimentare-amministrativo-fiscale e previdenziale; nel processo civile tributario e amministrativo**", cit., pág. 340, en el mismo sentido; BIANCA M (2000), "**Il contratto**", cit., pág. 584, en el mismo sentido, añadiendo que se el Orden Público se manifiesta en los derechos fundamentales.

<sup>685</sup> Vid. SACCO R./ DE NOVA G. (2004), "**Il contratto**", cit., pág. 86, donde el autor hace mención a que es un concepto jurídico indeterminado. Que en todo caso será necesario atender a la casuística sobre éste a fin de poder precisar en mayor medida sobre su concepto y los casos en que se atentado el orden público.; GALGANO F. (2010), "**Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli contratti**", cit., pág. 332, donde el autor expone varios ejemplos de negocios jurídicos y contratos cuya causa es contraria al orden público.

<sup>686</sup> Vid. SACCO R./ DE NOVA G. (2004), "**Il contratto**", cit., pág. 88, "*D'altronde si sposta il problema senza risolverlo, quando si dice che l'ordine pubblico viene individuato dal giudice. Il rilievo in*

- La causa es contraria a las buenas costumbres: la doctrina entiende que las buenas costumbres son aquellos preceptos morales, o patrones de comportamiento que implícitamente se regulan en la Ley<sup>687</sup>. Se caracterizan por lo siguiente<sup>688</sup>: no están promulgadas legalmente, sufren continuas modificaciones y su disparidad en base a la sociedad pluralista. Al no tratarse de normas escritas, sino de principios sociales, que se desprenden de la Ley, precisará de la subsunción y evaluación judicial<sup>689</sup>.
- La ilicitud de la causa también puede devenir por actuar en fraude de ley (ex art. 1344 Cc<sup>690</sup>): Se refiere<sup>691</sup> al contrato lícito y válido que las partes

---

*esame, infatti, non precisa a quale fonte il giudice attinga le valutazioni ch'egli pone a base della sua pronuncia".supone*

<sup>687</sup> Vid. GALGANO F. (2010), "**Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli contratti**", cit., pág. 333, "*Il buon costume è costituito da quelle norme imperative anch'esse non esplicite, ma ricavabili per implicito dal sistema legislativo, che comportano una valutazione del comportamento dei dignoli in termini di moralità o di onestà*". Prosigue en la misma página poniendo varios ejemplos sobre actos jurídicos que son nulos por ir en contra de las buenas costumbres, como es el caso del contrato de prostitución, o el de pornografía, etc.; SACCO R./ DE NOVA G. (2004), "**Il contratto**", cit., pág. 67, considerando que el legislador ha hecho una remisión a todos los principios y reglas sociales aceptadas. Así, "*la rilevanza dei buoni costumi di fronte al diritto significa e comporta il rinvio, da parte del legislatore, a valutazioni non formulate dal diritto. Nel corpo sociale è viva l'opinione che il tale atto sia contrario ai buoni costumi, il giudice fa sua quell'opinione, e la valutazione in questione diventa la base della contrapposizione fra contenuto contrattuali lecito o illecito*"; BIANCA M (2000), "**Il contratto**", cit., págs. 584 y 585, en las que define las buenas costumbres como el conjunto de reglas de conducta negativas, de las que la sociedad debe abstenerse para procurar así la mejor convivencia social. Las diferencia del orden público diciendo que las buenas costumbres son reglas que atienden a la honestidad moral, mientras que el orden público atiende a los principios fundamentales del derecho; MERZ S./ SUGUOTTI P. (2002), "**Manuale pratico delle invalidità: nullità, inesistenza, annullabilità, rescindibilità nel diritto civile-fallimentare-amministrativo-fiscale e previdenziale; nel processo civile tributario e amministrativo**", cit., pág. 339, en el mismo sentido

<sup>688</sup> Vid. SACCO R./ DE NOVA G. (2004), "**Il contratto**", cit., pág. 68, donde expone las características de las buenas costumbres en este sentido.

<sup>689</sup> Vid. SACCO R./ DE NOVA G. (2004), "**Il contratto**", cit., pág. 67, donde establece en numerosas ocasiones que el Juez competente para conocer de la acción de nulidad, será quien tenga que verificar si efectivamente la causa atenta contra las buenas costumbres o no. Será preciso, ya que en cada caso específico puede alterar el baremo de las buenas costumbres. Así en las páginas 70 a 77 expone varios ejemplos de ilicitud de la causa por ser contraria a las buenas costumbres.

<sup>690</sup> El **artículo 1344 Cc**, dispone que "*Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per elidere l'applicazione di una norma imperativa*".

<sup>691</sup> Vid. GALGANO F. (2010), "**Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli contratti**", cit., pág. 336, "*le parti mirano a realizzare un risultato che la legge vieta; ma, per non incorrere nell'applicazione della norma proibitiva che vieta di realizzarlo, esse utilizzano uno o più contratti in sé liciti in modo da realizzare, in concreto, un risultato equivalente a quello vietato*". Prosigue el autor exponiendo en las páginas 336 y 337 una serie de ejemplos e hipótesis de contratos realizados en fraude de ley.; CIPOLLINA S. (2007), "**Elusione fiscale**" **Riv. Dir. Fin.**, núm. 4, págs. 555 y siguientes, donde se pronuncia sobre el fraude de ley desde un aspecto tributario, como la formalización de un negocio jurídico civil, con la finalidad de evitar la aplicación de una norma tributaria. Explica detalladamente varios supuestos de como eludir la legislación tributaria por la celebración de contratos válidos, legales y lícitos.; sobre el Fraude de Ley, **Sentencia de Cassazione, Sez. III di 20 di marzo 2008, num. 7458**, que resuelve el fraude de ley en los contratos; para un estudio más profundo sobre el fraude de Ley; **Cassazione, Sez. II di 25 di luglio**

suscriben con la finalidad de eludir la aplicación de una norma imperativa. En tales casos, el contrato no vulnera una norma imperativa, pero la causa sí procura evitar su aplicación.

- La causa del contrato se reputará igualmente ilícita cuando las partes lo concluyen con un motivo o finalidad ilícita<sup>692</sup> (ex art. 1345 Cc<sup>693</sup>): para que se pueda considerar nulo el contrato, bajo un motivo ilícito, será preciso que el motivo sea el único para concluir el contrato, y que ambas partes compartan el mismo motivo<sup>694</sup>.

En lo que refiere a los **aspectos procesales**<sup>695</sup> de la acción de nulidad, hemos de decir que vienen regulados en los artículos 1421 y 1422 Cc.

Se trata de una acción imprescriptible<sup>696</sup>. No está sometida a plazo alguno para su ejercicio, ya que el acto que es nulo no puede producir sus efectos. La falta de

---

**2003, num. 11561**, en este sentido, diciendo que los actos en fraude de acreedores serán objeto de acción de nulidad; BIANCA M. (2000), **“Il contratto”**, cit., págs. 586 a 589.

<sup>692</sup> Vid. GALGANO F. (2010), **“Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli contratti”**, cit., pág. 339, *“Il motivo per il quale le parti hanno concluso il contratto è, di regola irrilevante per il diritto, come già precisato. Diventa, tuttavia, rilevante quando è illecito, ossia contrario a norme imperative, all’ordine pubblico o al buon costume”*; BIANCA M. (2000), **“Il contratto”**, cit., pág. 435, en el mismo sentido. En la página 434 conceptúa el motivo del contrato diferenciándolo de la causa contractual, diciendo *“Gli interessi che il contratto è diretto a realizzare non sono per altro meri motivi ma, in buona sostanza, sini interessi che concorrono a integrare la causa del contratto. Di semplici motivi, o motivi in senso proprio, può invece parlarsi, secondo la nozione sopra segnalata con riguardo agli interessi che non rientrano nel contenuto del contratto”*

<sup>693</sup> El **artículo 1345 Cc**, dispone que *“il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe”*.

<sup>694</sup> Vid. BIANCA M. (2000), **“Il contratto”**, cit. pág. 585 y 586, *“La illiceità del motivo importa illiceità del contratto quando si tratta di motivo determinante e comune ad entrambe le parti (1345 cc.). La giurisprudenza ravvisa la comunanza dei motivi nell’ipotesi in cui entrambi i contraenti sono spinti dal medesimo interesse alla conclusione del contratto e, ancora, nell’ipotesi in cui l’una parte trae consapevole profitto dal motivo illecito dall’altra”*; GALGANO F. (2010), **“Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli contratti”**, cit., pág. 339, en el mismo sentido; MERZ S./ SUGUOTTI P. (2002), **“Manuale pratico delle invalidità: nullità, inesistenza, annullabilità, rescindibilità nel diritto civile-fallimentare-amministrativo-fiscale e previdenziale; nel processo civile tributario e amministrativo”**, cit., pág. 338.

<sup>695</sup> Aunque la nulidad sea una realidad jurídica y no una acción en sí, será precisa la interposición de una acción para que se declare que efectivamente un negocio jurídico es nulo. CALI R. (1887), **“Trattato delle nullità”**, cit., pág. 24, *“Qualunque nullità deve essere dichiarata con sentenza”*; BIANCA M. (2000), **“Il contratto”**, cit., pág. 589, *“L’azione di nullità è l’azione che tende all’accertamento della nullità del contratto. Il provvedimento che accoglie la domanda è una sentenza dichiarativa in quanto la causa di nullità opera di diritto. La sentenza si rende tuttavia necessaria per fare valere la nullità se la fattispecie contrattuale si presenta come un titolo presuntivamente valido”*.

<sup>696</sup> Vid. BIANCA M. (2000), **“Il contratto”**, cit., pág. 591, *“La azione di nullità è imprescrittibile (1422 cc.)”*; GALGANO F. (2010), **“Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli contratti”**, cit., pág. 372, donde, diferenciando entre la acción de nulidad y la de anulabilidad, dice que la acción de nulidad es imprescriptible, tal y como impone el artículo 1422 Cc; CALI R. (1887), **“Trattato delle nullità”**, cit., pág. 32, en el mismo sentido, y apuntando el aforismo latino *“contra non valentem agere non currit praescriptio”*; MERZ S./ SUGUOTTI P. (2002), **“Manuale pratico delle invalidità: nullità, inesistenza, annullabilità, rescindibilità nel diritto civile-fallimentare-**

prescripción encuentra su justificación en el artículo 1423 Cc. El contrato nulo no puede ser convalidado. Puesto que el acto nunca podrá producir efecto alguno, no será necesario someter esta acción a plazo para su ejercicio<sup>697</sup>.

Sin embargo, se trata de su ejercicio dentro del proceso concursal, por lo que deberá adecuarse a los principios legales establecidos para las acciones impugnatorias. La doctrina no se pronuncia al respecto, pero creemos<sup>698</sup> conveniente la aplicación del requisito temporal del artículo 69 bis Legg. Fall. Según este precepto, el acto que va a ser declarado nulo, se haya constituido en los tres años anteriores a la declaración de concurso.

Por consiguiente, se trataría de una acción imprescriptible, como bien dispone el artículo 1422 Cc. Sin embargo, para que pueda ser ejercitada dentro del proceso concursal, será preciso que el acto jurídico se haya realizado dentro de los tres años anteriores a la fecha de la declaración de concurso.

En lo que respecta a la legitimación activa para su ejercicio, el artículo 1421 Cc<sup>699</sup>, establece que la acción de nulidad podrá ser ejercida por cualquier persona que

---

**amministrativo-fiscale e previdenziale; nel processo civile tributario e amministrativo**", cit., pág. 373, en el mismo sentido, precisando que *"L'imprescrittibilità dell'azione non si estende ai diritti relativi ai rapporti preesistenti sui quali il negozio nullo avrebbe dovuto incidere"*.

<sup>697</sup> Vid. CALI R. (1887), **"Trattato delle nullità"**, cit, págs. 24 y 25, y 30 a 32, en las que expone que la acción de nulidad no será sometida a prescripción dado que lo que no existe no puede ser convalidado por el paso del tiempo. Es por ello por lo que, al no haber posibilidad de convalidación, tampoco puede haber plazo de prescripción, ya que lo que no existe, nunca ha existido; MERZ S./ SUGUOTTI P. (2002), **"Manuale pratico delle invalidità: nullità, inesistenza, annullabilità, rescindibilità nel diritto civile-fallimentare-amministrativo-fiscale e previdenziale; nel processo civile tributario e amministrativo"**, cit., pág. 374 en la que habla sobre la imposibilidad de convalidación del contrato nulo. Sin embargo ello no obsta para que las partes contractuales puedan transformar el contrato en otro que no adolezca de los vicios que devinieron en nulidad, pero sólo en caso de nulidad parcial (anteriormente tratada). También se permite que las partes contractuales suscriban un nuevo contrato que sea válido. Finaliza su exposición diciendo que la ejecución del contrato de forma sobrevenida no implica la convalidación del mismo, si es completamente nulo.

<sup>698</sup> Fundamos la adaptación de la acción de nulidad al artículo 69 Legg. Fall., aplicando la doctrina española, para el caso hipotético en que el legislador permitiese dentro del proceso concursal, el ejercicio de las acciones impugnatorias. Como bien es sabido, la acción de nulidad no puede prescribir, ya que lo que es nulo no puede ser convalidado por el tiempo. Sin embargo, resulta ilógico, y contrario al principio de seguridad jurídica de los contratos, que un acto patrimonial muy anterior a la declaración del concurso, pueda degenerar en la insolvencia actual. Es por lo que consideramos que limitar el ejercicio de la acción de nulidad, dentro del proceso concursal, a los tres años anteriores a la declaración de concurso, es una interpretación acorde con la regulación de las acciones restitutorias concursales, y la acción de nulidad civil. No es contraria a la imprescriptibilidad de la acción. Sólo tiene un límite sobre el acto jurídico, por lo que no es verdaderamente un plazo de prescripción, sino un requisito del acto jurídico para la interposición de la acción.

<sup>699</sup> El **artículo 1421 Cc**, dispone que *"salvo disposizioni di legge, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice"*; SACCO R./ DE NOVA G. (2004), **"Il contratto"**, cit., pág. 557 enunciando este artículo y su contenido como cuestión introductoria de la legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad.

demuestre tener interés legítimo<sup>700</sup>. También dispone el precepto que podrá ser proseguida de oficio<sup>701</sup>, aunque para ello será necesaria la previa presentación de una demanda, aunque fuere diferente a la de nulidad<sup>702</sup>. La doctrina<sup>703</sup> considera incluso que más que la declaración de nulidad de oficio, el legislador se refiere a la prosecución de la nulidad de oficio. Es decir, el Juez no podrá iniciar la acción de

---

<sup>700</sup> Vid. SACCO R./ DE NOVA G. (2004), “**Il contratto**”, cit., pág. 564 y 565, Ogni interessato può agire e far rilevare la nullità di un atto, con i consueto limiti portati dall’art. 100 c.p.c. it. È affermazione ricevuta che l’interesse si misura al momento del giudizio. In particolare, è interessato sia il contraente originario, sia il terzo, minacciato dall’apparenza creata dal contratto nullo ed ai danni conseguenti. È così el chiamato all’eredità non (ancora) accettante è stato ammesso a cheidere la declaratoria di nullità del testamento”; GALGANO F. (2010), “**Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli contratti**”, cit., pág. 371, “*A chiedere la dichiarazione di nullità di un contratto è legittimati chiunque, anche se terzo rispetto alle parti, dimostri di averve interesse (art. 1421 Cc.)*”; BIANCA M. (2000), “**Il contratto**”, cit., pág. 589 en el mismo sentido; MERZ S./ SUGUOTTI P. (2002), “**Manuale pratico delle invalidità: nullità, inesistenza, annullabilità, rescindibilità nel diritto civile-fallimentare-amministrativo-fiscale e previdenziale; nel processo civile tributario e amministrativo**”, cit., pág. 368, en el mismo sentido.

<sup>701</sup> Vid. GALGANO F. (2010), “**Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli contratti**”, cit., pág. 371 y 372, en las que dice que el Juez podrá proseguir la acción de nulidad de oficio, sin embargo, estará sometido a los principios del código de proceso civil referentes a la demanda (art. 99 cpc), a los de correspondencia de la demanda y excepción de cosa juzgada (art. 112 cpc), y al de disponibilidad dela prueba (art. 115 cpc). Así establece una serie de reglas: “*a) il giudice può rilevare d’ufficio la nullità di un contratto se la validità di questo sia elemento costitutivo della domanda e se fra le parti vi sia contestazione sull’applicazione o sull’esecuzione del contratto; b) Il giudice può rilevare d’ufficio la nullità del contratto anche se la parte interessata abbia contro di esso prospettato un rimedio diverso, come l’annullamento o come larisoluzione, o se sia stata domandata la dichiarazione di nullità per una diversa causa; c) il giudice può rilevare d’ufficio la nullità solo se la causa di nullità emerge dagli atti e non chiede ulteriori indagini di fatto; d) la nullità del contratto può essere rilevata d’ufficio in ogni estato e grado de giudizio: anche in grado d’appello o di cassazione, sempre che il giudice di grado inferiore non abbia pronunciato slla validità del contratto comportando ciò il formarse di un giudicato che preclude il siccessivo esame della materia*”; BIANCA M. (2000), “**Il contratto**”, cit., pág. 590 en el mismo sentido; MERZ S./ SUGUOTTI P. (2002), “**Manuale pratico delle invalidità: nullità, inesistenza, annullabilità, rescindibilità nel diritto civile-fallimentare-amministrativo-fiscale e previdenziale; nel processo civile tributario e amministrativo**”, cit., pág. 368, admitiendo la posibilidad de que la nulidad sea perseguida de oficio; **Cassazione, Sez. I di 15 di settembre 2011, num. 18864**, en este sentido.

<sup>702</sup> Vid. MERZ S./ SUGUOTTI P. (2002), “**Manuale pratico delle invalidità: nullità, inesistenza, annullabilità, rescindibilità nel diritto civile-fallimentare-amministrativo-fiscale e previdenziale; nel processo civile tributario e amministrativo**”, cit., pág. 368 a 370, en las que examina detalladamente la persecución de oficio de la nulidad contractual. Se pronuncia diciendo que el Juez puede plantear la nulidad de un contrato en cualquier grado o momento procesal (págs. 368 y 369), incluido en grado de apelación, excepto en grado de Casación, o cuando se haya emitido un pronunciamiento con efectos de Cosa Juzgada (pág. 370 para ambas excepciones). Sin embargo hace hicapié en la imposibilidad del Juez de iniciar “*motu proprio*” la acción de nulidad, sino que tendrá que provenir de la interposición de una acción relativa al contrato, diferente a la acción de nulidad (págs. 368 y 370), sino que, en el momento en que está examinando el contrato, a raíz de una acción, puede perseguir la nulidad del mismo.; SACCO R./ DE NOVA G. (2004), “**Il contratto**”, cit., pág. 560, en el mismo sentido, e interpretando el término legal “*il bisogno di una domanda per la pronunzia di nullità*”.

<sup>703</sup> Vid. SACCO R./ DE NOVA G. (2004), “**Il contratto**”, cit., pág. 560, “*La corte di cassazione ha enunziato questa regola molte decime di volte dall’entrata in cigore del codice in poi, la regola è stata riconfermata, indirettamente, dalle numerose pronunce che a loro volta negano che il giudice possa rilevare d’ufficio la nullità se per ciò fare occorre un ‘indagine di fatto’*”.

nulidad de oficio, pero sí podrá indagar y obtener medios de prueba de oficio, pudiendo decirse incluso que no es justicia rogada.

Su ejercicio se realizaría dentro del proceso concursal. Se tendrá que someter a los principios que lo imbuyen. Por consiguiente, se tendrá que adecuar a todo lo dispuesto para el régimen revocatorio establecido en la Legge Fallimentare.

Es por ello que, siguiendo lo dispuesto en el artículo 66 Legg. Fall, la legitimación corresponderá exclusivamente al Administrador Concursal, pues es el único legitimado para ejercitar acciones revocatorias en el concurso. Esta postura se justifica en base a:

- Las acciones revocatorias provocan la ineficacia (aunque relativa) de un acto jurídico, al igual que la acción de nulidad.
- El artículo 1421 Cc concede la legitimación a cualquier interesado, sin embargo, en el proceso concursal no concurren intereses individuales. Todos los intereses de los acreedores serán traídos al colectivo de la masa pasiva, y representados por el administrador concursal<sup>704</sup>.
- El artículo 1421 Cc comienza diciendo “*Salvo diverse disposizioni di legge*”. El legislador introduce esta partícula con la finalidad de permitir que otras leyes precisen la legitimación para determinados casos. Al tratarse de un proceso concursal, la legitimación viene concedida al Administrador Concursal, por medio de lo dispuesto en los artículos 66 y 67 Legg. Fall, de forma imperativa y única, no dejando lugar a excepciones<sup>705</sup>.

En lo que respecta a la competencia para resolver de la acción de nulidad contra un acto de ejecución del Acuerdo de Refinanciación, corresponderá al Tribunal competente para declarar el concurso<sup>706</sup>. Es otra de las manifestaciones de la

---

<sup>704</sup> Vid. **Corte d’appello di potenza di 19 di ottobre 2005**, en este sentido, considerando que el administrador concursal representa los intereses puestos en juego en el concurso, por lo que sólo puede ser el único legitimado respecto a todas las acciones que infieran en el patrimonio del deudor o en los intereses de los acreedores; **Cassazione, Sez. I di 15 di marzo 1990, num. 2117**, en este sentido, diciendo que el curatore es garante de los intereses puestos en juego en el proceso concursal.

<sup>705</sup> Vid. BERTACCHINI E. (2011), “**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 242, “*La legittimazione a proporre l’azione revocatoria ordinaria spetta quindi esclusivamente al curatore davanti al tribunale fallimentare*”; D’ARRIGO C. (2009), “**Pagamento di cambiale scaduta, atte fra coniugi, decadenza dall’azione, revocatoria ordinaria**”, cit., pág. 700, en el mismo sentido.

<sup>706</sup> Vid. BERTACCHINI E. (2011), “**Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori**”, cit., pág. 251, “*Sia l’azione revocatoria fallimentare, sia quella ordinaria esercitata in sede fallimentare sono ricomprese tra le azioni che derivano dal fallimento. In quanto tali la competenza esclusiva e funzionale dell’azione è riservata al tribunale fallimentare ai sensi dell’art. 24 l. fall*”.

adecuación que tendrá que padecer la acción de nulidad para poder ser ejercitada dentro del proceso concursal.

Esto se debe a que la competencia para conocer de todas las cuestiones incidentales que surjan en torno al concurso, son atribuidas a este tribunal, por mandato expreso del artículo 24 Legg. Fall<sup>707</sup>.

El **efecto** principal de la acción de nulidad es la declaración de ineficacia del acto<sup>708</sup>. Tal y como dijimos en el concepto de acción de nulidad, el acto, negocio jurídico o contrato que sea declarado nulo, se considerará por no efectuado nunca<sup>709</sup>. Por tanto, los efectos que pudiere haber provocado se retrotraerán a la fecha anterior a su constitución.

En el caso del proceso concursal, el acto patrimonial declarado nulo será ineficaz, por lo que el bien revertirá nuevamente al patrimonio del deudor, pasando a acrecentar la masa activa del concurso, según lo dispuesto en el artículo 70 Legg. Fall.

Igualmente surgirá el derecho de la otra parte contratante de formar parte del pasivo concursal, como acreedor concursal<sup>710</sup>. En el caso en que el acto jurídico sea declarado nulo por ser contrario a las buenas costumbres, no surgirá derecho a insinuación al pasivo concursal, ya que así se pronuncia el artículo 2035 Cc<sup>711</sup>.

---

<sup>707</sup> El **artículo 24 Legg. Fall.**, dispone que “I tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore.”

<sup>708</sup> Vid. GALGANO F. (2010), “**Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli contratti**”, cit., págs. 328 y 329 “*Si deve dire che il contratto non esiste; o si può dire, ciò che è lo stesso, che si tratta di un contratto inesistente.*”; SACCO R./ DE NOVA G. (2004), “**Il contratto**”, cit., pág. 65.

<sup>709</sup> Vid. SACCO R./ DE NOVA G. (2004), “**Il contratto**”, cit., pág. 543 y 544, “*Discende dalla definizione della nullità che (a parte tutte le eccezioni e deroghe viste fin qui, e a parte ogni altra necessaria precisazione) la causa di nullità osta all’efficacia dell’atto. Quod nullum est, nullum producit effectum! Un adagio così rotondo esercita un fascino straordinario*”.

<sup>710</sup> El derecho de insinuación al pasivo, anteriormente estudiado, surge del derecho de resarcimiento de la otra parte contratante, siempre y cuando desconociere la causa que motivó la nulidad del contrato, además de haber obrado de buena fe. Para un aspecto civil del derecho a la restitución del tercero de buena fe, véase BIANCA M. (2000), “**Il contratto**”, cit., págs. 591 y 592, en las que establece y define cada una de las partidas en las que debe ser indemnizado el tercero contratante de buena fe, por la nulidad del contrato.

<sup>711</sup> Vid. GALGANO F. (2010), “**Le obbligazioni generale. Il contratto in generale. I signoli contratti**”, cit., págs. 333, “*Il contratto contrario al buon costume, sebbene nullo, poduce lo speciale effetto di cui all’art. 2035: non si è tenuto, come per ogni contratto nullo, a dare esecuzione al contratto; ma non si può ottenere la restituzione di ciò che si è pagato in esecuzione del contratto*”;

### 2.2.3 La legitimación única del Curatore Fallimentare

El Administrador Concursal, (curatore fallimentare), es el **único legitimado**<sup>712</sup> para el ejercitar las acciones revocatorias (tanto la revocatoria concursal, como la pauliana).

A diferencia del Derecho Español, la Legge Fallimentare dispone que sólo el Administrador Concursal estará legitimado para el ejercicio de cualquier acción revocatoria.

Llama la atención la peculiar forma de ejercitar la acción revocatoria. Para su ejercicio se requiere una compleja y peculiar sucesión de actos procesales, previos a la interposición de la acción.

**La acción revocatoria se propone junto con el programa de liquidación del activo, realizado por el curatore fallimentare**<sup>713</sup>.

El programa de liquidación<sup>714</sup>, regulado en el art. 104-ter Legg. Fall., es un proyecto realizado por el curatore fallimentare, en el que se recoge un plan de actuación para la mejor satisfacción de los acreedores.

---

<sup>712</sup> Vid. TORTORICI G.V. (2012), **“Il curatore fallimentare: Guida operativa”**, edit. FAG Milano, Milano, pág. 49, *“la facoltà, per il curatore, di agire con l’azione revocatoria fallimentare che prevede la possibilità da parte sua di ripetere somme corrisposte a fronte di atti compiuti antecedenti la dichiarazione di fallimento”*; BERTACCHINI E. (2011), **“Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori”**, cit., pág. 250 y 251; D’ARRIGO C. (2009), **“Pagamento di cambiale scaduta, atte fra coniugi, decadenza dall’azione, revocatoria ordinaria”**, cit., pág. 700; Para un estudio de la función y naturaleza de la acción revocatoria **S. Cassazione, Sez. I, 19989/2009 de 16 de septiembre; Corte d’appello di potenza di 19 di ottobre 2005**, en este sentido.

<sup>713</sup> Vid. PACCHI S. (2011), **“Gli organi preposti al fallimento: parte II”**, **Manuale di Diritto Fallimentare**, AAVV, coordinata da PACCHI S., edit. Giuffrè Editore, Seconda Edizione, Milano, pág. 122, en la que habla de los grupos de actividades que puede incluirse en el programa de liquidación, diciendo *“Occorre tener presente che nel fallimento le operazioni di liquidazione sono necessariamente eterogenee. Queste possono essere o di monetizzazione immediata (es. la vendita di un bene, la riscossione di un credito ecc.) o funzionali ad una futura miglior liquidazione (es. l’esercizio provvisorio dell’impresa p mantenere l’azienda in attività e per portare a compimento commesse, l’affitto d’azienda mirando alla cessione unitaria del complesso aziendale all’affittuario ecc) o a incrementare la massa attiva da ripartire (es. l’esercizio dell’azione revocatoria, risarcitoria o di responsabilità, ecc)*, posteriormente, en la página 123, habla de las diferentes actividades que puede conllevar el programa de liquidación, mencionando entre ellas la acción revocatoria.; DALFINO D. (2011), **“La liquidazione dell’attivo”**, **Manuale di diritto Fallimentare e delle procedure concorsuali**, AAVV, a cura di LIUZZI G, edit, Giuffrè, Milano, pág. 226, en la que igualmente se pronuncia diciendo que para el ejercicio de la acción revocatoria, tendrá que preverse en el programa de liquidación que realiza el curatore fallimentare.; FIALE A. (2012), **“Diritto Fallimentare”**, cit. pág. 119; CIRILLO B./POSTIGLIONE G. (2012), **“Manuale pratico del curatore fallimentare con formulario e giurisprudenza”**, Edit. Maggioli Editore, pág. 253; **Cassazione, Sez. I di 3 di maggio 2007, num. 10208**, en este sentido; **Corte d’Appello di Potenza di 19 di ottobre 2005**, en este sentido.

<sup>714</sup> El **programa de liquidación**, es un resumen detallado que hace el curatore fallimentare en el que expone las diferentes actividades que va a realizar para la mejor gestión del patrimonio del deudor y la mejor satisfacción de sus acreedores. Respecto al contenido de programa, será: 1.la

Este programa de liquidación, será presentado dentro de los 60 días<sup>715</sup> siguientes a la formación del inventario del activo concursal<sup>716</sup>. Se depositará ante la

---

información contable y demás circunstancias que afecten al patrimonio del deudor; 2. Un elenco de las actividades que va a realizar el Curatore (emisión de su parecer motivado sobre la situación del deudor, información sobre una posible propuesta de concordato, proposición de acciones revocatorias, la posibilidad de cesión de la empresa y la venta de los bienes de la misma). Información obtenida del resumen de las siguientes obras, y a cuyo contenido me remito para una lectura más específica: DALFINO D. (2011), "**La liquidazione dell'attivo**", cit. págs. 226 y siguientes; FIALE A (2012), "**Diritto Fallimentare**", cit., págs. 119 y siguientes; PACCHI S. (2011), "**Gli organi preposti al fallimento: parte II**", cit., págs. 122 y siguientes; SPADA M.L., (2011), "**Degli organi preposti al fallimento**", **Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali**, AAVV, a cura di TRISORIO G., edit. Giuffrè, Milano, págs. 79 y siguientes; CIRILLO B./POSTIGLIONE G. (2012), "**Manuale pratico del curatore fallimentare con formulario e giurisprudenza**", cit., págs. 254 y siguientes

<sup>715</sup> Vid. CIRILLO B./POSTIGLIONE G. (2012), "**Manuale pratico del curatore fallimentare con formulario e giurisprudenza**", cit., pág. 253, "*il programma de liquidazione deve essere predisposto entro sessanta goirni dalla redazione dell'inventario; precisamente, il termine inizia a decorrere dal momento in cui la redazione dell'inventario è terminata ed è soddisfatto con la trasmisione del programma al Cominato dei Creditori per l'approvazione.*"; SOLLINI E. (2011), "**Il curatore fallimentare: Guida completa**", cit., pág. 24, en la que realiza un esquema de la actividad del curatore fallimentare en los 60 días siguientes, culminando con la presentación ante la "cancellería fallimentare" del programa de liquidación. Se trata de un esquema orientativo de la organización de la actividad del curatore fallimentare.; BASSI A. (2009), "**Lezioni di diritto fallimentare**", cit., pág. 91, "*L'art. 104 ter prevede che il curatore entro sessanta giorni dall'inventario predisponga un programma di liquidazione da sottoporre all'approvazione del cominato dei creditori.*"; PACCHI S. (2011), "**Gli organi preposti al fallimento: parte II**", cit., pág. 122.; TORTORICI G. V. (2012), "**Il curatore fallimentare: Guida operativa**", cit., pág. 37.; FIALE A. (2012), "**Diritto Fallimentare**", cit., pág. 119.

<sup>716</sup> El **inventario del activo concursal**, se regula en el artículo 87 Legg. Fall. Se puede definir como el listado de los bienes, junto con su correspondiente avalúo, que posee el deudor concursal. Supone un instrumento fundamental para el proceso concursal, ya que cumple una doble función: la de delimitar la masa activa del concurso, y la de guardar y custodiar los bienes del deudor concursal. Lo tendrá que hacer el curatore fallimentare, pudiendo designar a un técnico que le ayude a la valoración de cada uno de los bienes objeto de este listado. El inventario de los bienes deberá contener: 1. Los bienes numerados; 2. Una descripción de los mismos y del estado en que se encuentran; 3. El lugar donde se encuentran los bienes; 4. Su avalúo conforme al índice de precios para su venta en la liquidación del patrimonio concursal. El plazo para su presentación, según el artículo 87 Legg. Fall. será el menor posible tras la remoción del embargo cautelar de bienes ("apposizione dei sigilli"). Es decir, en primer lugar se decreta el embargo provisinal de los bienes del deudor, sin embargo, esto es un procedimiento provisional. Por tanto, cuando se alce el embargo y custodia de los bienes del deudor, el curatore fallimentare tendrá que inventariar el activo concursal en el menor tiempo posible. Este embargo provisional supone la cristalización de los bienes del deudor, con la finalidad de poder realizar un inventario del activo. Será realizada conforme se dispone en los artículos 752 y siguientes C.P.C., ya que así se reenvía en el artículo 84 Legg. Fall. Respecto a la realización del embargo, se concede libertad absoluta a la hora de elegir el medio de embargo y custodia de los bienes, siempre y cuando se garantice la conservación, identidad e integridad de los bienes, además de constancia oficial de su realización. Serán embargables, de modo genérico, los bienes que se encuentren en la sede social del deudor, y aquellos bienes que, estando en posesión de un tercero, se demuestre que pertenecen al deudor. Por el contrario, no están sujetos a embargo (ex art. 43 Legg. Fall.): 1. Los bienes de naturaleza estrictamente personal; 2. Los asignados a pensiones, alimentos, estipendios, salarios, etc...; 3. Los frutos dereivados del usufructo legal de los bienes de los hijos y los bienes y frutos que produzcan, derivados de un fondo patrimonial; 4. Las cosas que no pueden ser pignoradas o prestadas por disposición legal El embargo de los bienes será finalizado por el curatore fallimentare sin que precise ningún tipo de autorización especial. Si la redacción del inventario

“cancelleria fallimentare”<sup>717</sup>, junto con toda la documentación dispuesta en el art. 107 Legg. Fall.

Una vez realizado el programa de liquidación, previo a su depósito, tendrá que presentarse<sup>718</sup> ante el “cominato dei creditori”<sup>719</sup>, quienes se reúnen para aprobarlo íntegramente<sup>720</sup>, o bien para matizar el contenido del mismo.

---

exige cierto tiempo, será preciso que se registre cada una de las sesiones de formación del inventario. Se realizará por medio de nota firmada por el curatore y por el “cancelliere” (secretario judicial), en la que se recojan cada una de las operaciones efectuadas en la sesión. Una vez efectuado el inventario de los bienes, se le preguntará al deudor concursal (ex art. 87 III Legg. Fall.) sobre la existencia de otros bienes y sobre la veracidad del contenido del inventario, advirtiéndose la responsabilidad penal en caso de ovultar bienes en el concurso (ex art. 220 Legg. Fall.). Este inventario tendrá que ser depositado en la cancelleria (secretaría) del Tribunal Fallimentare. Para una mayor información de la formación del inventario véase DE SANTIS A. (2011), “**La custodia e l’amministrazione delle attività fallimentari**”, **Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali**, AAVV a cura di TRISORIO G., Edit. Giuffrè, Milano, págs. 187 a 190; BERTACCHINI E. (2011), “**La custodia e l’amministrazione delle attività fallimentari**”, **Manuale di diritto fallimentare**, AAVV a cura di PACCHI S., Edit. Giuffrè, Edizione II, Milano, págs. 141 a 151; BISCIONE S./PESSETTI R. (2012), “**Compendio di diritto fallimentare, parte 1: il fallimento**”, cit., págs. 115 a 117; CIRILLO B./ POSTIGLIONE G. (2012), “**Manuale pratico del curatore fallimentare**”, cit., págs. 221 a 224 para el embargo provisional de los bienes del deudor, en profundidad (apposizione dei sigilli), y págs. 230 a 240 para una mayor profundización, con formularios prácticos, sobre el inventario del activo.

<sup>717</sup> Vid. PACCHI S. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento: parte II**”, cit., pág. 122, “*Il curatore deve tracciare, quindi un quadro ip più possibile dettagliato sulle operazioni indicate nell’art. 104-ter l. fall. Che si completerà con el deposito in cancelleria della documentazione prescritta dall’art. 107, comma 6, l. fall.*”

<sup>718</sup> Vid. FIALE A. (2012), “**Diritto Fallimentare**”, cit., pág. 255, “*Il decreto correttivo, invece, in linea con el nuovo ruolo assunto dal cominato dei creditori e considerando che il suddetto piano costituisce l’atto di gestione principale in ordine alla funzione di soddisfazione degli interessi dei creditori svolta dal fallimento, ha modificato la disposizione in esame, prevedendo che l’approvazione del programma spetti al cominato dei creditori, mentre il giudice delegato dovrà autorizzare i signoli atti di esso, previa una mera verifica formale della loro conformità al piano di liquidazione*”.; PACCHI S. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento: parte II**”, cit., pág. 123, en el mismo sentido.; SPADA L. M. (2012), “**Degli organi proposti al fallimento**”, cit., pág. 86, en la que dice que una de las funciones del cominato es la aprobación de la actividad propuesta por el curatore; **Corte d’Appello di Potenza di 19 di ottobre 2005**, en el mismo sentido diciendo que tendrá que ser aprobado por el “cominato dei creditori”.

<sup>719</sup> El **cominato dei creditori**, a grandes rasgos, es un órgano colegiado, compuesto por 3 ó 5 miembros elegidos por el Juez Delegado de entre los acreedores, en un plazo máximo de 30 días desde la declaración de concurso. Su composición será equilibrada, en atención a las posibilidades de estos acreedores de satisfacer sus créditos. Se caracteriza también por su profesionalidad, ya que el Juez delegado los elige en atención a las posibilidades de ejercitar correctamente su cargo y a su disponibilidad. A los 10 días de su constitución, tienen que nombrar a un Presidente, quien se encarga de convocarlo cuando es necesario. En lo que refiere a su funcionamiento, será convocado bien por el Presidente, bien cuando así lo soliciten al menos un tercio de los componentes del mismo, para tomar decisiones bajo la regla de la mayoría (cada uno de sus componentes tienen el mismo valor de voto) En lo referente a sus funciones, hemos de decir que se dividen en tres grupos: 1. FUNCIÓN AUTORIZATIVA O GESTORA DE LA ACTIVIDAD DEL CURATORE FALLIMENTARE (autoriza los actos de extraordinaria administración, autoriza el ejercicio de la acción de responsabilidad contra el curatore recusado, autoriza la renuncia y adquisición de bienes, autoriza la restitución de bienes muebles al concurso, autoriza las actuaciones sobre los contratos pendientes en la fecha de declaración del concurso. Sugiere la

Ya aprobado el programa de liquidación, será precisa la autorización<sup>721</sup> del Juez Delegado<sup>722</sup>.

---

interrupción del ejercicio provisional de la empresa si lo estima necesario, aprueba o matiza el programa de liquidación, autoriza el nombramiento de delegados y colaboradores para el curatore fallimentare, y puede autorizar la liquidación de ciertos bienes del deudor concursal); 2. FUNCIÓN CONSULTIVA NO VINCULANTE AUNQUE OBLIGATORIA (para la recusación del curatore, para que el curatore pueda suscribir contratos de préstamo destinados a un negocio específico, para la decisión sobre la firmeza del inventario del pasivo, para la venta de bienes antes del programa de liquidación, para suspender operaciones de venta, para la clausura del concurso por insuficiencia del activo, para la liberación de las deudas del concursado, para el ejercicio de cualquier tipo de acciones); 3. FUNCIÓN DE CONTROL (respecto al examen de la documentación completa del concurso, potestad para preguntar cualquier información al curatore fallimentare, acceso a los registros públicos conectados al concurso, examen de todos los informes y documentos relativos al ejercicio provisional de la empresa, derecho a la información sobre el resultado de las ventas efectuadas). Podrán delegar todas o parte de sus funciones, siempre y cuando el delegado cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 28 Legg. Fall., y sea autorizada la delegación por el Juez delegado. Información obtenida del resumen de las obras que se citan a continuación, y cuya lectura se recomienda para un estudio más pormenorizado: STESURI A./GIORGETTI M. (2010), “**Profili di diritto fallimentare**”, edit. CEDAM, Padova.; BISCIONE S./PESSETTI R. (2012), “**Compendio di diritto fallimentare, parte 1: il fallimento**”, edit. La Tribuna, Piacenza, pág. 70 y 71; ABATE F. (2007), “**nuovi ruoli e poteri degli organi della procedura fallimentare**”, *Riv. Giur. Merito*, núm. 2, págs. 296 a 298; BASSI A. (2009), “**Lezioni di diritto fallimentare**”, Edit. Il Mulino, Bologna., págs. 95 a 97; TORTORICI G. V. (2012), “**Il curatore fallimentare: Guida operativa**”, cit., págs. 33 y 34; FIALE A. (2012), “**Diritto Fallimentare**”, cit., pág. 127 a 132; SPADA M.L. (2011), “**Degli organi preposti al fallimento**”, cit., pág. 84 a 88; PACCHI S. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento: parte II**”, cit., pág. 131 a 134; SOLLINI E. (2011), “**Il curatore fallimentare: Guida completa**”, Edit. Giuridiche Simone, Terza Edizione., págs. 59 a 63.

<sup>720</sup> El **cominato dei creditori emitirá su decisión**, deliberando por medio de votos. El plazo máximo para emitir su decisión en un plazo máximo de 15 días desde la fecha en que se solicitó la convocatoria. El resultado de su decisión supondrá la aprobación, el rechazo o la modificación del programa de liquidación, pero en todo caso tendrá que ser motivada. En el caso en que no emita su decisión dentro del plazo establecido, el Juez Delegado sustituirá al cominato, emitiendo su decisión sobre el programa de liquidación. Vease TORTORICI G. V. (2012), “**Il curatore fallimentare: Guida operativa**”, cit., pág. 33; SOLLINI E. (2011), “**Il curatore fallimentare: Guida completa**”, cit., pág. 60; PACCHI S. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento: parte II**”, cit., pág., 132.; STESURI A./GIORGETTI M. (2010) “**Profili di diritto fallimentare**”, cit., pág. 69.; SPADA M. L. (2011), “**Gli organi del fallimento**”, cit., pág. 85; BISCIONE S./PESSETTI R. (2012), “**Compendio di diritto fallimentare, parte 1: il fallimento**”, cit., pág. 71; BASSI A. (2009), “**Lezioni di diritto fallimentare**”, cit., pág. 97; CIRILLO B./POSTIGLIONE G. (2012), “**Manuale pratico del curatore fallimentare con formulario e giurisprudenza**”, cit., pág. 257.

<sup>721</sup> Vid. FIALE A. (2012), “**Diritto fallimentare**”, cit., pág. 119, en la que habla de esta autorización, sirviéndose, a modo de ejemplo de la venta de los bienes del deudor, diciendo: “*In attuazione di tale piano, il curatore potrà quindi procedere alle vendite secondo procedure competitive, mentre il giudice delegato dovrà autorizzarle non in base ad una valutazione di opportunità per ognuna di esse, ma solo in relazione alla loro conformità*”; PACCHI S. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento: parte II**”, cit., pág. 123, añadiendo que el Juez delegado autoriza cada uno de los actos del programa de liquidación, individualmente generalizados. Es decir, no cabe autorización genérica de todas las actuaciones, sino que cada uno de los actos del programa tendrá que ser autorizados por el Juez delegado; CIRILLO B./POSTIGLIONE G. (2012), “**Manuale pratico del curatore fallimentare con formulario e giurisprudenza**”, cit., pág. 458 para ver un formulario del curatore para la autorización al Juez Delegado, para el ejercicio de la acción revocatoria.

<sup>722</sup> El **Juez Delegado**, es una figura que ha sufrido grandes alteraciones en su función y contenido tras la reforma legislativa del año 2006. Ha quedado como un Juez que ejerce una labor de vigilancia y control sobre el cominato dei creditori y del curatore, además de una función de autorización

Esta autorización no es de carácter general, sino que sólo es para la acción en cuestión<sup>723</sup> (en nuestro caso, la revocatoria). Será preceptiva, aunque parte de la doctrina<sup>724</sup> y de la jurisprudencia<sup>725</sup> opine que se trata de un error subsanable.

Para poder profundizar sobre la legitimación, estudiaremos brevemente el **estatuto del curatore fallimentare**.

Respecto al concepto de curatore fallimentare, decimos que es el órgano concursal que se encarga de la administración y gestión del concurso<sup>726</sup>, con la finalidad de una mejor satisfacción de los acreedores.

---

sobre las actividades que desempeñe el curatore fallimentare. Su principal labor es asegurarse de que los órganos concursales lleven a buen fin el proceso concursal. Su nombramiento lo realiza el Tribunal Fallimentare, en la Sentencia de declaración del concurso. Respecto a las funciones atribuidas por el art. 25 Legg. Fall., son: 1. Sirve de intermediario entre los sujetos y órganos intervinientes en el concurso y el Tribunal Fallimentare; 2. Reclama pronunciamientos de urgencia, de la autoridad competente, para la conservación del patrimonio del deudor; 3. Convoca al curatore fallimentare y al comitato dei creditori, cuando así lo prescribe la Legge Fallimentare; 4. A propuesta del curatore, liquida los salarios y honorarios de todas aquellas personas que han contribuido al buen fin del concurso; 5. Decide sobre las oposiciones a los actos del curatore y del comitato dei creditori; 6. Autoriza, por escrito, al curatore para tener capacidad procesal; 7. A propuesta del curatore, puede nombrar árbitros, si se dan las circunstancias descritas en el art. 83 LEgg. Fall.; 8. Concede firmeza al inventario del pasivo. Respecto a las funciones dispersas por la Legge Fallimentare, son: 1. Nombra al comitato dei creditori, o incluso puede sustituirlo; 2. Autoriza el ejercicio provisional de la empresa; 3. Autoriza los actos comprendidos en el programa de liquidación; 4. Suspense las operaciones de venta, siempre y cuando subsistan motivos justificados para ello; 5. Ordena el reparto final; 6. Decide, en el caso en que no se pronuncie el comitato dei creditori en el plazo máximo de 15 días desde la petición de su convocación. Cuando ejerce su poder decisorio sobre alguna cuestión, lo tiene que realizar por decreto motivado. Toda la información supone un resumen de las siguientes obras, a cuyo contenido me remito para un estudio más profundo de la figura del Juez Delegado: FIALE A. (2012), **“Diritto Fallimentare”**, cit., pág. 105 a 110, SPADA M. L. (2011), **“Gli organi del fallimento”**, cit., pág. 70 y 71; BASSI A. (2009), **“Lezioni di diritto fallimentare”**, cit., págs. 79 a 83; STESURI A./GIORGETTI M. (2010), **“Profili di diritto fallimentare”**, cit., págs. 42 a 45.

<sup>723</sup> Vid. STESURI A./GIORGETTI M. (2010), **“Profili di diritto fallimentare”**, cit., pág. 53, *“il giudice delegato è, quindi chiamato a valutare l’opportunità di agire o resistere in giudizio, operando una deliberazione, sia pure sommaria, dell’azione che il curatore intende intraprendere o proposta da terzi, valutandone fondatezza, costi, tempi [...] L’autorizzazione deve essere specifica per ogni singola fattispecie e deve essere data per ciascun gardo di giudizio, il che significa che la valutazione di opportunità deve essere fatta dopo ogni pronuncia giurisdizionale”*;

<sup>724</sup> Vid. STESURI A./GIORGETTI M. (2010), **“Profili di diritto fallimentare”**, cit., pág. 53, *“Qualora il curatore abbia agito o resistito in giudizio senza la prescritta autorizzazione, il relativo può essere sanato, con efficacia ex tunc, anche con riferimento ai pregressi gradi di giudizio.”*; FIALE A. (2012), **“Diritto fallimentare”**, cita., pág. 120, en el mismo sentido.

<sup>725</sup> Vid. **Cassazione, Sez. I di 11 di settembre 2007, num. 19087**, en la que expresamente se dice que la autorización del Juez delegado, con posterioridad al ejercicio de la acción es un error subsanable. Concretamente se posiciona diciendo que, si se autoriza con posterioridad, esta autorización tiene efectos retroactivos sobre todas las actuaciones ejercitadas por el curatore fallimentare en un proceso judicial.;

<sup>726</sup> Vid. ABATE F. (2007), **“Nuovi ruoli e poteri degli organi della procedura fallimentare”**, cit., pág. 295, *“titolare esclusivo dell’azione esterna (ad esso soltanto spetta el compimento degli atti con i quali intrattengono rapporti giuridici e relazioni con i terzi), professionista inserito nell’organizzazione del procedimento per la necessità di frapponere tra il giudice che conduce il*

No sustituye ni representa al concursado, ni tampoco a los acreedores<sup>727</sup>. Actúa como mero garante del buen fin del proceso concursal, colaborando con el Juez Delegado<sup>728</sup>, en pro de los intereses puestos en juego en el proceso concursal.

El *curatore fallimentare* tiene la condición de “*pubblico ufficiale*”<sup>729</sup> (funcionario público). Esto se debe a que está sujeto al régimen de potestades y de responsabilidad de funcionario público.

Respecto a su nombramiento, el *curatore fallimentare* será designado por el “*Tribunale Fallimentare*”<sup>730</sup>, en la Sentencia de declaración de concurso. La Sentencia

---

*processo ed una complessa realtà economica di contesto un organo dotato di specifica professionalità, capace di interponersi tra processo e patrimonio del fallito, tra debitore e creditori, tra procedimento e terzi*”; TORTORICI G. V. (2012), “**Il curatore fallimentare: Guida operativa**”, cit., pág. 35, para una definición más simple e incompleta, aunque más inteligible; PACCHI S. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento: parte II**”, cit., pág. 110, en el mismo sentido, y apuntando en la página 106 que el *curatore fallimentare* es el órgano actuante en el proceso concursal, quedando así el resto de órganos como consultivos, autorizantes y supervisores. Así, lo considera como el único órgano con potestad, y deber, de llevar a cabo las actuaciones necesarias para el buen fin del proceso concursal; FIALE A. (2012), “**Diritto fallimentare**”, cit., pág. 110, en el mismo sentido.

<sup>727</sup> Vid. FIALE A. (2012), “**Diritto fallimentare**”, cit., pág. 111, “*Preferibile sembra, pertanto, la tesi secondo cui il curatore non sostituisce alcuno, ma esercita una funzione pubblica; egli è un incaricato giudiziario che opera, a fianco del giudice, nell’interesse della giustizia*”; TORTORICI G. V. (2012), “**Il curatore fallimentare: Guida operativa**”, cit., pág. 37 ; PACCHI S. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento: parte II**”, cit., pág. 105, y página 110, en la que dispone que la teoría dominante sobre la naturaleza jurídica del *curatore* es la del tercero ajeno, que actúa por el buen fin del proceso concursal.

<sup>728</sup> Vid. PACCHI S. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento: parte II**”, cit., pág. 106, “*Il curatore è l’organo esterno della procedura, non fa parte dell’autorità giudiziaria, ma è un libero professionista o un esperto in gestione d’impresa che opera a fianco dell’autorità giudiziaria, essendo da questa incaricato delle funzioni relative all’amministrazione del patrimonio fallimentare*”; TORTORICI G. V. (2012), “**Il curatore fallimentare: Guida operativa**”, cit., pág. 37, en el mismo sentido.

<sup>729</sup> Vid. CIRILLO B./POSTIGLIONE G. (2012), “**Manuale pratico del curatore fallimentare con formulario e giurisprudenza**”, cit., pág. 206, “*esercita, propriamente, una funzione pubblica giurisdizionale, perché è parte di un organismo cui compete la funzione processuale concorsuale, la quale presenta un precipuo carattere giurisdizionale più che meramente amministrativo*”; BASSI A. (2009), “**Lezioni di diritto fallimentare**”, cit., pág. 90; TORTORICI G. V. (2012), “**Il curatore fallimentare: Guida operativa**”, cit., pág. 37, apuntando que estará sometido al estatuto del funcionario público; STESURI A./GIORGETTI M. (2010), “**Profili di diritto fallimentare**”, cit., pág. 56, en el mismo sentido; PACCHI S. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento: parte II**”, cit., pág. 106, en el mismo sentido; **Sentencia Cassazione penale, Sezione VI, 37750/2010 de 22 de octubre**, en la que se manifiesta que el *curatore fallimentare* está sujeto a los delitos cometidos por los funcionarios públicos.; FIALE A. (2012), “**Diritto fallimentare**”, cit., págs. 110 y 111, en el mismo sentido; SPADA M. L. (2011), “**Gli organi del fallimento**”, cit., pág. 74, en el mismo sentido.

<sup>730</sup> Vid. SOLLINI E. (2011), “**Il curatore fallimentare: Guida completa**”, cit., pág. 14, “*Il Tribunale, con la sentenza che dichiara il fallimento, nomina il curatore e, nel caso di sostituzione, per qualsiasi motivi, provvede con decreto motivato [...] esclusiva competenza del Tribunale*”; TORTORICI G. V. (2012), “**Il curatore fallimentare: Guida operativa**”, cit., pág. 36, en este mismo sentido; BISCIONE S./PESETTI R. (2012), “**Gli organi della procedura fallimentare**”, cit., pág. 63; STESURI A./GIORGETTI M. (2010), “**Profili di diritto fallimentare**”, cit., pág. 53; SPADA M. L. (2011), “**Gli organi del fallimento**”, cit., pág. 74; CIRILLO B./POSTIGLIONE G. (2012), “**Manuale pratico del curatore fallimentare con formulario e giurisprudenza**”, cit., pág. 214.

que declara el concurso, le será notificada<sup>731</sup> al curatore, bajo las reglas del artículo 136 c.p.c. (Codice de Procedure Civile).

Una vez el curatore ha recibido la notificación de la Sentencia, aceptará el encargo en los dos días siguientes<sup>732</sup>. En el caso en que no lo realice, el Tribunal designará a otro curatore, de forma urgente<sup>733</sup>. Sin embargo, si el curatore acepta el encargo fuera de plazo, será válido, siempre que el Tribunal no haya designado un nuevo curatore<sup>734</sup>.

Para que sea nombrado el curatore, será preciso que cumpla con alguna de las características establecidas en el artículo 28 Legg. Fall, las cuales son las siguientes<sup>735</sup>:

- Ser abogado, titulado mercantil, economista o revisor comercial o contable (ex art. 28 I a Legg. Fall.).

---

<sup>731</sup> Vid. SOLLINI E. (2011), **“Il curatore fallimentare: Guida completa”**, cit., pág. 24 y 25, a lo largo de las que dice que la notificación se tendrá que realizar bajo las reglas establecidas en el art. 136 c.p.c., debiendo contener un extracto de la Sentencia que declara el concurso (en el sentido del art. 17 Legg. Fall.), y los siguientes datos: 1. Datos identificativos del deudor concursal; 2. El número de procedimiento; 3. El nombre del Juez delegado; 4. La fecha de la audiencia de verificación del pasivo concursal.; TORTORICI G. V. (2012), **“Il curatore fallimentare: Guida operativa”**, cit., pág. 36, en el mismo sentido.

<sup>732</sup> Vid. CIRILLO B./POSTIGLIONE G. (2012), **“Manuale pratico del curatore fallimentare con formulario e giurisprudenza”**, cit., pág. 218, *“Il Curatore, entro due giorni successivi alla conoscenza della sue nomina, deve far pervenire l’accettazione al Giudice Delegato, Itrimenti, il Tribunale, in Camera di Consiglio, provvede d’urgenza alla nomina di altro Curatore”*, vease pág. 219 para el modelo de aceptación del curatore fallimentare.; SOLLINI E. (2011), **“Il curatore fallimentare: Guida completa”**, cit., pág. 25; TORTORICI G. V. (2012), **“Il curatore fallimentare: Guida operativa”**, cit., pág. 36, en el mismo sentido.; BASSI A. (2009), **“Lezioni di diritto fallimentare”**, cit., pág. 90; PACCHI S. (2011), **“Gli organi preposti al fallimento: Parte II”**, cit., pág. 109; STESURI A./GIORGETTI M. (2010), **“Profili di diritto fallimentare”**, cit., pág. 54; FIALE A. (2012), **“Diritto fallimentare”**, cit., pág. 115; SPADA M. L. (2011), **“Gli organi del fallimento”**, cit., pág. 75.

<sup>733</sup> Vid. BASSI A. (2009), **“Lezioni di diritto fallimentare”**, cit., pág. 90, *“Se il curatore non osserva questo obbligo, il tribunale provvede di urgenza alla nomina di altro curatore”*; SOLLINI E. (2011), **“Il curatore fallimentare: Guida completa”**, cit., pág. 26 en el mismo sentido.

<sup>734</sup> Vid. TARANTINO G. (2011), **“Nomina e requisiti del curatore fallimentare”**, Studi in onore di Umberto Belviso. Volume II, con la collaborazione di Umberto Belviso, edit. Caducci, pág. 1455, *“Un discorso análogo a quello appena svolto per l’accettazione tacita può farsi anche in riferimento alla accettazione tardiva, che pervenga cioè oltre il termine dei due giorni espressamente previsto dal primo comma dell’art. 29. Infatti, cnahe por via dell’assenza di significative modifiche di tal dsposizione, non sebrano sussistere particolari motivi per discostase dall’opinione menifestata già nel vigore della precedente disciplina, che riteneva appunto valida ed efficace tal accettazione ai fini del perfezionamento della nomina, semre che intervenuta prima di una nuova nomina da parte del tribunale”*; PACCHI S. (2011), **“Gli organi preposta al fallimento: parte II”**, cit., pág. 109, en el mismo sentido; CIRILLO B./POSTIGLIONE G. (2012), **“Manuale pratico del curatore fallimentare con formulario e giurisprudenza”**, cit., pág. 218.

<sup>735</sup> Vid. GROSSI M. R. (2009), **“Il nuovo curatore fallimentare: Guida prattica con formulario”**, Edit. Giuffrè, Milano, págs. 7 y 8 para un elenco de los requisitos para ser nombrado curatore fallimentare; TARANTINO G. (2011), **“Nomina e requisiti del curatore fallimentare”**, cit., págs. 1440 a 1453, para un estudio mucho más preciso sobre cada una de las condiciones del curatore fallimentare, y su problemática en el sistema actual.

- Estudio profesional<sup>736</sup>, o sociedad profesional<sup>737</sup>, siempre que sus socios cumplan con los requisitos dispuestos en el párrafo anterior. Será preciso que designen expresamente<sup>738</sup> a la persona que va a encargarse del concurso (ex art. 28 l b Legg. Fall.).
- Hayan realizado actividades de administración, gestión o control de Sociedades anónimas. Será preciso que demuestren su capacidad para ejercer el cargo<sup>739</sup>, y que no hayan sido nunca declarados en concurso (ex art. 28 l c Legg. Fall.). En caso en que el Tribunal se decante por este tipo de curatore fallimentare, tendrá que motivar su decisión<sup>740</sup>.

<sup>736</sup> Vid. PACCHI S. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento: parte II**”, cit., pág. 107, “*Studi associati sono quelli previsti dall’art. 1 della l. 23 novembre 1939, n. 1815, costituiti da persona che munite deo necessari titoti di abilitazione professionale, avvero autorizzate all’esercizio di specifiche attività in forza di particolari disposizioni di legge, si associano per l’esercizio della professione o delle altre attività per cui sono abilitate o autorizzate.*”; CIRILLO B./POSTIGLIONE G. (2012), “**Manuale pratico del curatore fallimentare con formulario e giurisprudenza**”, cit., pág. 216.

<sup>737</sup> Vid. CIRILLO B./POSTIGLIONE G. (2012), “**Manuale pratico del curatore fallimentare con formulario e giurisprudenza**”, cit., pág. 216, “*La società tra professionisti – costituibili in seguito all’abrogazione dell’art. 2 l. n. 1815/1939, che ne vietava la formazione -, invece, ha una personalità giuridica propria, distinta da quella dei suoi signoli componenti. Pertanto, non sussistono dubbi riguardo al fatto che la nomina di Curatore sia conferita propriamente alla società, fermo restando che le signole attività possono essere eseguite dai signolo professionisti, componenti della società, senza necessaria autorizzazione ex art. 32 l.f. o delega d parte del rappresentante edlla società*”; PACCHI S. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento: parte II**”, cit., pág. 107, “*La società tra professionisti – con l’avvertenza che ad oggi, in base al d.lgs 2 febbraio 2001, n. 96, possono costituirsi soltanto società tra avvocati – sono invece costituite da professionisti per esercitare congiuntamente la professione, al fine di ripartirsi i rischi e non solo gli oneri, ma anche gli utili dell’attività. L’art. 28 lett. b) . fall., in armonia con la disposizione di cui all’art. 32, onde superare l’indeterminatezza soggettiva che l’affidamento dell’incarico ad una struttura plurisoggettiva potrebbe comportare, prevede che all’atto dell’accettazione del incarico, la struttura stessa debba indicare la persona fisica responsabile della procedura*”.

<sup>738</sup> Vid. STESURI A./GIORGETTI M. (2010), “**Profili di diritto fallimentare**”, cit., pág. 54, en la que explica que la mayor razón para poner en conocimiento la persona que se va a encargar de las funciones del curatore, es que los actos realizados tendrán que venir firmados por este curatore fallimentare, y no por la persona responsable de la Sociedad Profesional o Estudio Profesional asociado; FIALE A. (2012), “**Diritto fallimentare**”, cit., pág. 113, “*all’atto dell’accettazione dell’incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura. Solo quest’ultima quindi sarà responsabile penalmente, mentra per la responsabilità civile del curatore deve rienersi responsabile in solido con la persona designata anche l’associazione o la società tra professionisti*”; SOLLINI E. (2011), “**Il curatore fallimentare: Guida completa**”, cit., pág. 25, en el mismo sentido

<sup>739</sup> Vid. STESURI A./GIORGETTI M. (2010), “**Profili di firitto fallimentare**”, cit., pág. 55, “*anche la previsione della lettera c) dell’art. 28 L. Fall. è stata oggetto di rilievi critici, in particolare sotto il profilo della genericità. Laddove, infatti, ci si riferisce a soggetti che abbiano dato prova di adeguate capacità, la norma lascia indeterminato a chi tale prova debba essere stata data, stante l’asseza di un albo che individui tal soggetti*”; PACCHI S. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento: parte II**”, cit., pág. 108, en el mismo sentido.

<sup>740</sup> Vid. PACCHI S. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento: parte II**”, cit., pág. 108, “*a coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali, purqché non siano stati in passato dichiarati falliti. [...] In quest’ultimo caso il tribunale deve indicare, nel provvedimento di nomina le specifiche*

Respecto a los dos primeros requisitos (ex art. 28 I a) y b) Legg. Fall.), la doctrina<sup>741</sup> precisa que tendrán que inscribirse en un listado especial. De entre todos los que se inscriben, el Tribunal elige a uno de ellos en atención a una serie de criterios discrecionales<sup>742</sup>.

El curatore fallimentare está sometido a un régimen de incompatibilidades (ex art. 28 II Legg. Fall.). Son varias las causas de incompatibilidad, pero la doctrina<sup>743</sup> las ha aunado en dos grupos:

- Límites negativos absolutos<sup>744</sup>: se preveían antes de la reforma legal del año 2006, pero en el actual artículo 28 Legg. Fall., no se disponen. Sin embargo son de aplicación, ya que derivan de la condición del curatore de funcionario público. Son:

---

*caratteristiche e attitudini del soggetto prescelto, sostanzialmente motivando le ragioni della scelta”.*

<sup>741</sup> Vid. SPADA M. L. (2011), “**Gli organi del fallimento**”, cit., pág. 75, donde dice que los únicos que no necesitan estar apuntados en una lista son los sujetos del artículo 28 comma 1 lett. C Legg. Fall.; TORTORICI G. V. (2012), “**Il curatore fallimentare: Guida operativa**”, cit., pág. 35, en el mismo sentido.

<sup>742</sup> Vid. SOLLINI E. (2011), “**Il curatore fallimentare: Guida completa**”, cit., pág. 19, “*La sezione fallimentare del Tribunale di Milano, pur ribadendo che la nomina del curatore rientra nella piena discrezionalità del Tribunale con il solo vincolo dei requisiti di cui all’art. 28 ed alla legge fallimentare, specifica che all’elenco possono accedere i professionisti iscritti da almeno cinque anni all’albo degli avvocati e/o dottori commercialisti ed esperti contabili di Milano che no facciano specifica domanda olo e se dal curriculum emerge il possesso di conoscenze ed esperienze adeguate allo svolgimento della predetta funzione. Periodicamente i giudici delegati, al fine di attribuire incarichi successibi, procedono a una valutazione attribuendo a ciascuno un rating tenedo conto di elemento generali e specifici. In particolare, i parametri valutativi riguardano: a) onorabilità, etica professionale, correttezza ed ineccepibilità deotologica [...]; b) diligenza e puntualità nell’assolvimento dei propri doveri funzionali e delle direttive dei giudici delegati [...]; c) disponibilità e spirito collaborativo nel perseguimento degli obiettivi [...]; d) disponibilità a sottoporsi in maniera leale ai controlli istituzionalmente previsti da parte del giudice delegato [...]; e) efficienza nell’attività accertativa, liquidativa, e recuperatoria [...]; f) trasparenza e massima attenzione nella selezione e nomina di legali [...]; g) preparazione culturale specifica e aggiornamento continuo in ambito concorsuale/fiscale/previdenziale”*

<sup>743</sup> Vid. FIALE A. (2012), “**Diritto fallimentare**”, cit., págs. 113 y 114, donde agrupa las causas que impiden ser curatore fallimentare en dos grupos: “*limiti negativi assoluti e limiti negativi relativi*”. Respecto a los absolutos, será aquellos qe se preveían en el artículo 28, anterior a la reforma de la Legge Fallimentare del 2006, y que todavía se siguen aplicando ya que se derivan de la condición de “*pubblico ufficiale*” del curatore fallimentare. Los límites relativos, son los expresamente recogidos en el artículo 28 comma II Legg. Fall.

<sup>744</sup> Vid. TORTORICI G. V. (2012), “**Il curatore fallimentare: Guida operativa**”, cit., pág. 36, en la que explica que además de las causas de incompatibilidad establecidas en el art. 28 II Legg. Fall., serán de aplicación las recogidas en el artículo 414 Cc, sobre la inhabilitación de ser funcionario público, y las del artículo 415 Cc sobre prohibición de ejercer como funcionario público.; SOLLINI E. (2011), “**Il curatore fallimentare: Guida completa**”, cit., pág. 25, en el mismo sentido; SPADA M. L. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento**”, cit., pág. 75; PACCHI S. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento**”, cit., pág. 108, en el mismo sentido, aunque citando los artículo 421 y 431 Cc. sobre la eficacia de las medidas de prohibición e inhabilitación para el ejercicio de la función pública, siendo éstas eficazes desde el día siguientes a la publicación de la Sentencia que las impone.

- Tener prohibición o inhabilitación para ejercer el encargo o haber sido declarado en concurso.
- Haber sido condenado a una pena que comporta la prohibición, incluso temporal, de ejercer la función pública.
- Límites negativos relativos<sup>745</sup>: dispuesto expresamente en el art. 28 II Legg. Fall. Se trata de una lista tasada *numerus clausus*<sup>746</sup>. Son los siguientes:
  - Ser cónyuge o pariente (consanguíneo o afín) dentro del cuarto grado, del concursado.
  - Ser acreedor del concursado<sup>747</sup>.
  - Los que han contribuido al desajuste económico de la empresa, en los dos años anteriores a la declaración del concurso<sup>748</sup>.
  - Los que se encuentren en conflicto de intereses con el concurso<sup>749</sup>.

<sup>745</sup> Vid. DEL GIUDICE F. (2012), “**Legge fallimentare Esplicata. La normativa spiegata articolo per articolo**”, cit., pág. 59 y 60, en las que, tras recoger el contenido del artículo 28 II Legg. Fall., precisa ciertos matices sobre cada uno de ellos; BASSI A. (2009), “**Lezioni di diritto fallimentare**”, cit., pág. 89, en este mismo sentido; SOLLINI E. (2011), “**Il curatore fallimentare: Guida completa**”, cit., pág. 16; PACCHI S. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento: parte II**”, cit., pág. 75.

<sup>746</sup> Vid. STESURI A./GIORGETTI M. (2010), “**Profili di diritto fallimentare**”, cit., pág. 55, refiriéndose a las incompatibilidades dispuestas en el artículo 28 Legg. Fall, dice que “*Si tratta di indicazioni di carattere tassativo*”; SPADA M. L. (2011), “**Gli organi del fallimento**”, cit., pág. 75, en el mismo sentido; PACCHI S. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento: parte II**”, cit., pág. 108.

<sup>747</sup> Esta incompatibilidad con la función del curatore nos llama especialmente la atención. En España no se contempla como una incompatibilidad, lo que nos situaba en la problemática de que el administrador concursal reusase el ejercicio de la acción rescisoria contra el acuerdo de refinanciación. Sin embargo, en Italia es una causa para no ser nombrado curatore fallimentare, por lo que se elimina este supuesto de hecho de interés contrapuesto al concurso.

<sup>748</sup> Vid. TARANTINO G. (2011), “**Nomina e requisiti del curatore fallimentare**”, cit., pág. 1451 y 1452, en las que define qué entiende el legislador con esta incompatibilidad. Se refiere a su ámbito civil, y no penal. Es decir, la realización de cualquier actividad de gestión, en los dos años anteriores a la declaración del concurso, que haya influido negativamente en el desajuste económico de la empresa. Hace especial mención al aspecto civil, ya que este tipo de actuaciones son sancionadas con la inhabilitación para ejercer actividades de dirección, control y gestión empresarial. Continúa precisando lo que se entiende por “desajuste económico”, diciendo que caben dos posibilidades: 1. Se refiere a un agravio patrimonial, es decir, cualquier actividad de gestión que haya mermado el patrimonio empresarial. Es la teoría más asentada actualmente; 2. La contribución al estado de insolvencia del deudor. Esta tesis no es apoyada, ya que en este caso el legislador habría utilizado el término “insolvencia”, y no “desacarreo económico”, máxime cuando se trata de una legislación concursal.

<sup>749</sup> Vid. BASSI A. (2009), “**Lezioni di diritto fallimentare**”, cit., pág. 90, procura arroximarse al concepto de intereses contrapuestos, esbozando una serie de hipótesis de este tipo de situaciones: “*Altrettanto arduo è stabilire in che cosa consista il conflitto di interessi con il fallimento. Secondo un’ipotesi rudimentale, potrebbe essere in conflitto di interessi il curatore consulente di un imprenditore concorrente, il curatore legato a imprenditori interessati a rilevare l’attivo, il*

El curatore fallimentare tiene que cumplir con una serie de deberes y funciones<sup>750</sup> a lo largo de todo el proceso concursal. Éstas estarán siempre

---

*curatore legato ad alcune categorie di creditori. Nel fallimento si muovono molti interessi paralleli: quello dei creditori, quello del fallito, quello dei soci della società, e quello pubblico*". Continuando con la definición en su página 94 diciendo que supone la tenencia de intereses privados sobre los intereses generales del proceso concursal. Estos intereses privados llegarán a estar en conflicto con los intereses generales del concurso; STESURI A./GIORGETTI M. (2010), "**Profili di diritto fallimentare**", cit., pág. 56, donde considera el conflicto de intereses como un motivo de recusación o sustitución, siendo precisa la prueba de tales intereses privados, y de su prosecución por el curatore fallimentare; CIRILLO B./POSTIGLIONE G. (2012), "**Manuale pratico del curatore fallimentare con formulario e giurisprudenza**", cit., pág. 217, "*si ritiene sussista un conflitto d'interessi quando vi è il rischio che il Curatore, titolare di un interesse patrimoniale concreto, certo e attuale, tenda a perseguirlo in danno del fallimento, non ritenendosi sufficiente, per la configurazione di un conflitto d'interessi, il rischio, che il Curatore, per tutelare il proprio interesse, non apporti alcuna utilità al fallimento*"; PACCHI S. (2011), "**Gli organi preposti al fallimento: parte II**", cit., pág. 108, en la que define el interés contrapuesto como la relación entre el curatore y el concursado, suficientemente estrecha, como para poder afectar al correcto ejercicio de sus funciones. Para ello dice que "*si considererà in conflitto di interessi (anche solo potenziale) il soggetto che a avuto rapporti con l'impresa anche se non responsabile dell'insolvenza*".

<sup>750</sup> Respecto a las **funciones y deberes** del curatore fallimentare, son las siguientes: 1. Aceptar expresamente el encargo de curatore, en los dos días siguientes a la notificación de su designación (art. 29 Legg. Fall); 2. Llevar a ejecución el precintado y embarg de los bienes del deudor (art. 84 Legg. Fall); 3. Presentación, en el menor tiempo posible, del inventario de los bienes del concursado (art. 87 Legg. Fall); 4. Presentación del informe sobre las causas del desajuste económico del concursado, en los 60 días siguientes a la declaración del concurso (art. 3 Legg. Fall); 5. Presentar, al juez delegado, una memoria de la actividad del curatore, cada 6 meses (art. 33 in fine Legg. Fall); 6. Presentación del balance contable del último ejercicio económico, si el deudor concursal no lo hubiere realizado, o corregir el presentado por el concursado (art. 89 Legg. Fall); 7. Tener un registro diario de sus actividades, validado por al menos un miembro del comitato dei creditori (art. 38 Legg. Fall); 8. Examinar las demandas de admisión del pasivo y depositar el proyecto del estado del pasivo concursal (art. 95 Legg. Fall); 9. Estar presente en las audiencias de discusión del pasivo, e intervenir sobre su administración, si lo considerase oportuno (art. 95 Legg. Fall); 10. Examinar las demandas de admisión al pasivo presentadas de forma tardía (art. 101 Legg. Fall); 11. Presentar la demanda de revocación o de admisión, de un crédito, estando a expensas de lo que dicga el Juez delegado (art. 98 Legg. Fall); 12. Presentar la demanda de impugnación contra la resolución de admisión de un crédito (art. 98 Legg. Fall); 13. Presentar instancia ante el Tribunal para la suspensión de la audiencia de formación del pasivo, cuando no sea posible por insuficiencia de información (art. 102 Legg. Fall); 14. Depositar inmediatamente las cantidades percibidas de la cuenta corriente del concurso (art. 34 Legg. Fall); 15. Proponer cualquier instrumento diferente al depósito en cuenta, con al finalidad de garantizar la integridad del patrimonio concursal; 16. Presentar, cada 4 meses, los resultados percibidos de las cuentas corrientes del deudor, y proceder a su repartición entre los acreedores que ya se hallen admitidos en el pasivo concursal (art. 101 Legg. Fall); 17. Rendir cuentas de su actuación a lo largo de todo el proceso; 18. Promover la clausura del concurso (art. 108 Legg. Fall); 19. Cumplimiento de las obligaciones que surjan de un posible y eventual concordato fallimentare (art. 125 Legg. Fall). estas funciones han sido un listado esquemático elaborado con la consulta de los siguientes manuales, y a cuyo contenido me remito para un estudio más detenido: SPADA M. L. (2011), "**Gli organi del fallimento**", cit., págs. 80 a 82; TORTORICI G. V. (2012), "**Il curatore fallimentare: Guida operativa**", cit., págs. 46 a 48; FIALE A. (2012), "**Diritto Fallimentare**", cit., págs. 32, donde realiza un mero listado, y págs. 115 a 118 donde profundiza en cada una de las funciones; SOLLINI E. (2011), "**Il curatore fallimentare: Guida completa**", cit., págs. 26 a 32, en las que describe las actividades del curatore, mezclando sus poderes y sus funciones, para ver un estudio más práctico del ejercicio de tales funciones; BISCIONE S./PESSETTI R. (2012), "**Compendio di diritto fallimentare, parte 1: il fallimento**", cit., págs.

encaminadas al buen fin del proceso y a la mejor satisfacción de los acreedores. Para su ejercicio el curatore fallimentare goza de una serie de poderes<sup>751</sup> que hacen posible el cumplimiento de sus obligaciones.

El cargo de curatore tendrá que ser ejercido con la diligencia debida. Según doctrina<sup>752</sup>, se le exige la diligencia del “buen padre de familia”, ampliada por su condición de funcionario público, y por la complejidad de sus funciones (ex art. 1176 Cc<sup>753</sup>).

---

66 a 68; PACCHI S. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento: parte II**”, cit., págs. 112 a 122, en las que, igualmente realiza un elenco difuso de los principales deberes del curatore, interpolándolos con las actividades que realizará, por lo que su estudio implica una visión más práctica de la actuación del curatore fallimentare a lo largo del proceso;

<sup>751</sup> Respecto a los **poderes del curatore fallimentare**, para el correcto ejercicio de sus funciones, pueden agruparse en las siguientes categorías: 1. Poderes de administración del patrimonio del deudor, los cuales son: a. Realización de actos de ordinaria administración (los realizará por sí solo, sin necesidad de intervención de cualquier otro órgano concursal); b. actos de extraordinaria administración y aquellos especificados en el art. 35 Legg. Fall. (son aquellos que implican cierto riesgo patrimonial, por lo que deben ser autorizados por el comitato dei creditori); c. actos, reconocidos en el artículo 35 b Legg. Fall, y que conlleven un valor superior a 50.000 € (siendo preciso que se informe previamente al Juez Delegado); d. El arrendamiento de la empresa concursada o de parte de ella, a cualquier tercero (debe ser previsto en el programa de liquidación según dispone el art. 104 bis Legg. Fall.); e. ejercicio provisional de la empresa, o sólo de parte de su actividad (precisa la inclusión en el programa de liquidación, como dispone el art. 104 Legg. Fall., debiendo contar igualmente con la aprobación del comitato dei creditori); 2. Poderes de liquidación del activo, ya mencionados anteriormente con el programa de liquidación, implican todas aquellas actividades que pueden ser incluidas en el programa de liquidación (ex art. 104 ter Legg. Fall.), como es el planteamiento de acciones de responsabilidad de cualquier tipo, o el ejercicio de la acción revocatoria; 3. Capacidad procesal del curatore, sobre la que ya nos hemos pronunciado en el sistema de legitimación del curatore fallimentare, diciendo que cualquier actuación procesal que vaya a ejercitar, tendrá que venir expresamente autorizada por el Juez Delegado, salvo las dispuestas en el art. 31 comma II Legg. Fall. Es un esquema de todos los poderes del curatore fallimentare, obtenido de la lectura de los siguientes manuales, y a los cuales me remito para un estudio más profundizado: FIALE A. (2012), “**Diritto Fallimentare**”, cit., pág. 118 a 120; SPADA M. L. (2011), “**Gli organi del fallimento**”, cit., págs. 77 y 78; PACCHI S. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento: parte II**”, cit., págs. 125 y 126, donde distingue entre poderes de naturaleza negocial (actos de administración ordinaria y extraordinaria, el arrendamiento de la empresa o su ejercicio provisional) y actos de naturaleza procesal (los restantes poderes); TORTORICI G. V. (2012), “**Il curatore fallimentare: Guida operativa**”, cit., págs. 38 a 45; BISCIONE S/PESSETTI R. (2012), “**Compendio di diritto fallimentare, parte 1: il fallimento**”, cit., pág. 68; CIRILLO B./POSTIGLIONE G. (2012), “**Manuale pratico del curatore fallimentare con formulario e giurisprudenza**”, cit., págs. 209 a 212.

<sup>752</sup> Vid. VERNA G. (2010), “**La responsabilità del curatore fallimentare**”, Rivista dottori comm., núm. 1, pág. 163, “*Il passo avanti, qualificando la diligenza come quella richiesta dalla natura dell’incarico, era stato in vero già compiuto dalla dottrina, che aveva sostenuto la necessità di parametrare la diligenza del curatore non a quella ordinaria del buon padre di famiglia (art. 1176, comma 1 c.c.), ma quella qualificata dalla professionalità dell’incarico (art. 1176, comma 2)*”; BASSI A. (2009), “**Lezioni di diritto fallimentare**”, cit., pág. 94, en el mismo sentido.

<sup>753</sup> El **artículo 1176 Cc**, dispone que “*Nell’adempire l’obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata.*”

El curatore podrá **delegar**<sup>754</sup> parte de sus funciones (ex art. 32 I Legg. Fall.), aunque hay algunas que son indelegables<sup>755</sup>. También puede nombrar una serie de **colaboradores**<sup>756</sup> que lo ayudarán en el ejercicio de su actividad (ex art. 32 II Legg. Fall.).

---

<sup>754</sup> La figura del **delegado del curatore fallimentare**, implica la libertad del curatore de nombrar a una persona que ejercite parte de sus funciones, según lo dispuesto en el artículo 32 comma 1 de la Legge Fallimentare. Se trata de una persona designada por el curatore para que le sustituya en algunas de sus funciones, ya que no todas son delegables. El delegado ejercerá las funciones que le sean delegadas como si fuese el curatore fallimentare, con total autonomía, y bajo la condición de funcionario público. Su naturaleza jurídica no es de subordinación al curatore fallimentare, sino que es un mero mandatario del curatore, por lo que la delegación se regirá por lo dispuesto en el artículo 1717 Cc, sobre el mandato. En lo que respecta a su nombramiento, el curatore fallimentare tendrá que solicitar al comitato dei creditori que lo autorice expresamente, ya que precisa su autorización para poder delegar sus funciones. Puesto que actúa de forma autónoma, en el ejercicio de las funciones delegadas, los daños que ocasione serán bajo su responsabilidad. Por último destacar que sus honorarios correrán a cargo del curatore fallimentare, ya que, éste lo designa para liberarse de parte de sus funciones. La definición y régimen del delegado del curatore ha sido obtenida del resumen de los siguientes manuales, a los que me remito para un estudio más detallado: SOLLINI E. (2011), **“Il curatore fallimentare: Guida completa”**, cit., págs. 33 y 34; PACCHI S. (2011), **“Gli organi preposti al fallimento: parte II”**, cit., págs. 111 y 112; STESURI A./GIORGETTI M. (2010), **“Profili di diritto fallimentare”**, cit., pág. 57; FIALE A. (2012), **“Diritto fallimentare”**, cit., pág. 114 y 115; TORTORICI G. V. (2012), **“Il curatore fallimentare, Guida operativa”**, cit., pág. 48; SPADA M. L. (2011), **“Gli organi del fallimento”**, cit., págs. 76 y 77; GROSSI M. R. (2009), **“Il nuovo curatore fallimentare: Guida pratica con formulario”**, cit., págs. 37 y 39 para estudiar la figura del delegado desde un aspecto puramente práctico.

<sup>755</sup> Las funciones que le corresponden única y exclusivamente al curatore fallimentare, son las siguientes: 1. La elaboración de la lista de acreedores, titulares de derechos reales y personales sobre los bienes del deudor, así como la elaboración del balance del último ejercicio contable del concursado (ex art. 89 Legg. Fall.); 2. La comunicación a los acreedores y a los titulares de derechos reales y personales sobre los bienes del deudor, de la fecha y lugar de la audiencia para la formación del pasivo (ex art. 92 Legg. Fall.); 3. La elaboración y presentación del proyecto del estado del pasivo (ex art. 95 Legg. Fall.); 4. La comunicación a los acreedores y a terceras personas, sobre el éxito del procedimiento de formación del pasivo (ex art. 95 Legg. Fall.); 5. La elaboración y presentación del programa de liquidación (ex art. 104 ter Legg. Fall.). Véase a respecto SPADA M. L. (2011), **“Gli organi del fallimento”**, cit., pág. 76; FIALE A. (2012), **“Diritto Fallimentare”**, cit., págs. 114 y 115; TORTORICI G. V. (2012), **“Il curatore fallimentare: Guida operativa”**, cit., pág. 48; SOLLINI E. (2011), **“Il curatore fallimentare: Guida completa”**, cit., pág. 33.

<sup>756</sup> El **técnico**, es una figura que, a diferencia del delegado, colabora con el curatore fallimentare que lo ha designado. Regulado en el artículo 32 comma 2 Legge Fallimentare, no sustituye al curatore en ninguna de sus funciones, sino que lo asiste profesionalmente y lo ayuda en el ejercicio de sus funciones, pero la actuación la realiza el curatore fallimentare. Puesto que no actúa con autonomía propia, sino que tan sólo ejerce su pericia para esclarecer al curatore, no goza de la condición de funcionario público. En lo referente a su nombramiento, el curatore fallimentare tiene que contar con la aprobación del comitato dei creditori para designar a un técnico o colaborador, pero no con la del Juez Delegado, ya que no se menciona en la Legge Fallimentare. Ya que no actúa con autonomía propia, ni realiza actuación alguna en el proceso concursal (sólo asiste profesionalmente al curatore), los daños que éste pueda ocasionar serán responsabilidad del curatore que lo designa, ya que en el ejercicio de su pericia, se subordina al curatore. Por último, cabe decir que sus honorarios correrán a cargo de la masa activa del concurso, siempre y cuando hayan conseguido una mayor satisfacción de los acreedores, con el ejercicio de su pericia. Esta conceptualización es un breve resumen obtenido de los siguientes manuales, y a los cuales me remito para un estudio más profundo: TORTORICI G. V. (2012), **“Il curatore fallimentare, Guida**

Al igual que ocurría en el sistema español, el legislador prevé formas de asegurar la **independencia del curatore fallimentare**, siendo en el Derecho Italiano dos:

- La posibilidad de recusar<sup>757</sup> al curatore fallimentare ante el Tribunal competente para la declaración de concurso. El Tribunal resolverá por decreto motivado, el cual será impugnado por medio de recurso de apelación<sup>758</sup>.

---

**operativa**", cit., pág. 48; PACCHI S. (2011), "**Gli organi preposti al fallimento: parte II**", cit., págs. 11 y 112; SOLLINI E. (2011), "**Il curatore fallimentare: Guida completa**", cit., pág. 34; SPADA M. L. (2011), "**Gli organi preposti al fallimento**", cit., págs 76 y 77; STESURI A./GIORGETTI M. (2010), "**Profili di diritto fallimentare**", cit., pág. 57; FIALE A. (2012), "**Diritto fallimentare**", cit., pág. 114 y 115; GROSSI M. R. (2009), "**Il nuovo curatore fallimentare: Guida pratica con formulario**", cit., págs. 38 y 40 para estudiar la figura del técnico desde un aspecto puramente práctico.

<sup>757</sup> La **recusación**, es un incidente concursal, regulado en el artículo 37 Legg. Fall., por el que se pretende remover al curatore fallimentare del ejercicio de su cargo. Para ello, será preciso alegar y acreditar motivo suficiente de que el curatore no está ejerciendo su cargo correctamente, o bien que no cumple con las condiciones exigidas en el artículo 28 Legg. Fall. Sin embargo, el legislador no establece un elenco de motivos, dejando un "puerta abierta" para que pueda alegarse cualquier motivo. Están legitimados para interponer la recusación: 1. El Juez Delegado, el comitato dei creditori y el Tribunal que declaró el concurso. La competencia para resolver del incidente, el corresponde al Tribunal que declaró el concurso, por mandato del artículo 37 II Legg. Fall. El proceso seguirá el rito camerale ("procedimento in Camera di Consiglio"), regulado en los artículos 737 y siguientes, sobre la jurisdicción voluntaria. Por tanto, una vez presentado el incidente, se le dará traslado al resto de interesados para que aleguen lo que estimen oportuno. Estas alegaciones serán depositadas en la secretaría del Tribunal. Ya en la vista, se escuchará a las partes procesales, y se procederá a la admisión y práctica de los medios de prueba. El Tribunal resolverá por medio de decreto motivado. Información obtenida del resumen de las siguientes obras, y a cuyo contenido me remito para una lectura más extensa: SPADA M. L. (2011), "**Gli organi del fallimento**", cit., págs. 83 y 84; PACCHI S. (2011), "**Gli organi preposti al fallimento: parte II**", cit., págs. 129 y 130; BASSI A. (2009), "**Lezioni di diritto fallimentare**", cit., págs. 92 y 93; GROSSI M. R. (2009), "**Il nuovo curatore fallimentare: Guida pratica con formulario**", cit., pág. 141 (donde destacamos los formularios para el incidente de recusación); TORTORICI G. V. (2012), "**Il curatore fallimentare: Guida operativa**", cit., pág. 38; STESURI A./GIORGETTI M. (2010), "**Profili di diritto fallimentare**", cit., págs. 55 y 56; CIRILLO B./POSTIGLIONE G. (2012), "**Manuale pratico del curatore fallimentare**", cit., págs.337 y 338 (para ver un esquema sobre el proceso a seguir para la recusación).

<sup>758</sup> El decreto motivado que resuelve de la recusación del curatore fallimentare es apelable, según el art. 26 comma III Legg. Fall. El **recurso de apelación**, es un remedio contra los pronunciamientos que emite el Tribunal fallimentare, o el Juez Delegado. Al tratarse de una resolución del Tribunal Fallimentare, la competencia para conocer del recurso de apelación le corresponde a la Corte de Apelación. En lo que se refiere al procedimiento a seguir, la doctrina considera que el legislador no hace una simple remisión al procedimiento camerale ex art. 737 ss Cc, sino que ha creado un nuevo procedimiento y disciplina, partiendo de la base del procedimiento camerale civil. Respecto al plazo de apelación, habrán dos plazos posibles: a) un plazo de 10 días desde la notificación del decreto motivado; b) un plazo de 90 días desde el depósito del decreto motivado en la "cancellería" (órgano de publicidad de los pronunciamientos judiciales en Italia). En el recurso de apelación deberá constar los datos identificativos del proceso (el tribunal o Corte de Apelación competente para su conocimiento, los datos identificativos del apelante, así como su domicilio y los datos identificativos de la resolución que se recurre), el relato fáctico de los hechos, los fundamentos de derecho en que se base la parte apelante, la relación de los medios de prueba que acrediten sus pretensiones, la documental que lo acompañe y las conclusiones del recurso de apelación. Una vez presentado, en tiempo y forma, el Presidente de la Sala, en los cinco días siguientes, designa al Magistrado Ponente y fija la audiencia a comparecencia en los 40 días

- La sustitución<sup>759</sup> del curatore fallimentare que no ejerza correctamente sus funciones. Tiene el inconveniente de que se tendrá que interponer durante el proceso de formación del pasivo concursal<sup>760</sup>. La formación del

siguientes al depósito del recurso de apelación. Este decreto del Presidente de la Sala (“decreto presidenziale”), será trasladado al apelante, quien deberá notificarlo al curatore, a las partes comparecientes y al resto de interesados, en los 5 días siguientes a su recepción. Se prevé que la notificación al resto de partes deberá realizarse al menos 15 días antes de la fecha en que se celebrará la audiencia a comparecencia. La parte apelada podrá formular oposición a la apelación (“memoria defensiva”), desde la fecha en que se les notifica el decreto presidencial, hasta 5 días antes de la celebración de la audiencia de partes. Esta oposición deberá contener los mismo datos que se incluyen en el recurso de apelación (los identificativos del proceso, los fundamentos de derecho, relato fáctico, medios de prueba y conclusiones). La audiencia de partes (“udienza di comparizione”), será celebrada en la fecha fijada en el decreto presidencial. En ella, la Corte aceptará los medios de prueba que estime oportunos. Se resolverá con decreto motivado, que será emitido en el plazo máximo de 30 días desde la fecha de la audiencia de partes. Esto es un resumen del procedimiento de apelación según el artículo 26 Legg. Fall., obtenido de la lectura de las siguientes obras: SPADA M. L. (2011), “**Gli organi del fallimento**”, cit., págs. 88 a 91; BASSI A. (2009), “**Lezioni di diritto fallimentare**”, cit., págs. 93 y 84; STESURI A./GIORGETTI M. (2010), “**Profili di diritto fallimentare**”, cit., págs. 45 a 47; DEL GIUDICE F. (2012), “**Legge fallimentare Esplicata: la normativa spiegata Articolo per Articolo**”, cit., págs. 57 y 58; CIRILLO B./POSTIGLIONE G. (2012), “**Manuale pratico del curatore fallimentare**”, cit., pág. 342 para un formulario de recurso de apelación ex art. 26 Legg. Fall.

<sup>759</sup> La **sustitución**, es una figura, regulada en el artículo 37 bis Legg. Fall., por la cual se le concede a los acreedores concursales la potestad de designar un nuevo curatore fallimentare, cuando el que ha sido designado no representa debidamente sus intereses. El plazo para interponer la sustitución, será el que media entre la primera audiencia para la formación del pasivo, y la fecha en la que se declara firme el estado del pasivo concursal. La primera audiencia de formación del pasivo, será fijada en la Sentencia de declaración del concurso, debiendo fecharse dentro de los 120 días siguientes a la fecha de depósito (el legislador permite que la primera audiencia sea celebrada en los 180 días siguientes cuando se trate de casos que revistan especial dificultad). Respecto al plazo máximo para interponerla, el legislador no establece un límite temporal para la firmeza del estado del pasivo. Al igual que ocurre con la recusación, no se prevén motivos tasados, sino que el legislador deja esta cuestión a la libre discrecionalidad de quienes la interponen. La legitimación corresponde a la mayoría simple de los acreedores que hayan sido admitidos a formar parte del pasivo concursal. Los acreedores podrán respaldar la demanda de sustitución bien personalmente, bien por representación. Respecto a la forma de la demanda, podrá ser de manera oral (en la propia audiencia de formación del pasivo), o bien por escrito. En caso de ser verbal, tendrá que dejarse constancia en la propia acta de la audiencia. La competencia para conocer de la demanda de sustitución le corresponde al Tribunal que declaró el concurso. Se diferencia de la recusación en que, además de la legitimación para interponerla, se concede la posibilidad de que quienes la instan designen a un nuevo curatore fallimentare, el cual será aprobado por el Tribunal, siempre y cuando cumpla con lo dispuesto en el artículo 28 Legg. Fall. Información obtenida del resumen de las siguientes obras, y a cuyo contenido me remito para una lectura más profunda: DEL GIUDICE F. (2012), “**Legge Fallimentare Esplicata: la normativa spiegata Articolo per Articolo**”, cit., pág. 75; FIALE A. (2012), “**Diritto fallimentare**”, cit., pág. 112; STESURI A./GIORGETTI M. (2009), “**Profili di diritto fallimentare**”, cit., pág. 56; TARANTINO G. (2011), “**Nomina e requisiti del curatore fallimentare**”, cit., pág. 1435; CIRILLO B./POSTIGLIONE G. (2012), “**Manuale pratico del curatore fallimentare**”, cit., págs. 343 y 344; BASSI A. (2009), “**Lezioni di diritto fallimentare**”, cit., págs. 93 y 94; PACCHI S. (2011), “**Gli organi preposti al fallimento: parte II**”, cit., pág. 109; SPADA M. L. (2011), “**Gli organi del fallimento**”, cit., pág. 84.

<sup>760</sup> El **procedimiento para la formación del pasivo**, es una parte esencial del proceso concursal. Implica todas las actuaciones encaminadas a delimitar quiénes son los acreedores concursales, en qué cuantía lo son, y la condición de sus créditos. Esta fase del proceso comienza con la Sentencia de declaración de concurso. La Sentencia ordena al deudor el depósito de las escrituras contables y fiscales, además de un listado de acreedores. Posteriormente, la Sentencia avisa a los acreedores

---

titulares de derechos reales o personales del plazo perentorio de 30 días previos a la audiencia de fijación del pasivo, para presentar la demanda de admisión al pasivo concursal. Por último, declara la fecha y lugar donde se celebrará la audiencia para la fijación del pasivo. Tras ello, el curatore examinará las escrituras contables del deudor, y procederá a comunicar a los acreedores su derecho a presentar la demanda de admisión al pasivo concursal, por cualquier medio que deje constancia de la recepción de tal comunicación. Esta comunicación deberá contener toda la información relevante sobre el concurso y el deudor, así como el plazo perentorio de 30 días previos a la celebración de la audiencia, para la presentación de la demanda de admisión al pasivo. La demanda de admisión al pasivo (ex art. 93 Legg. Fall.), supone el modo en que los acreedores solicitan que sean tenidos en cuenta como parte del activo concursal en la cuantía y condición que les corresponda. La presentación de esta demanda conlleva la interrupción de la prescripción de las acciones ejecutivas que los acreedores pudieren ejercitar, en tanto dure el proceso concursal. La demanda se presentará en la cancelleria del Tribunal Fallimentare en el plazo perentorio de 30 días anteriores a la fecha de la audiencia. La demanda de admisión al pasivo deberá contener: 1. Los elementos identificativos del proceso concursal en cuestión, así como los del acreedor demandante; 2. La cuantía de su crédito y la consideración de su crédito dentro del concurso; 3. Relato fáctico y jurídico que fundamente su pretensión de ser admitido como parte del pasivo concursal; 4. La descripción de cualquier privilegio o garantía que pudiere conllevar su crédito; 5. El número de fax y dirección de correo electrónico, con la finalidad de poder comunicarle de forma inmediata cualquier tipo de actuación o novedad. Una vez finalizado el plazo de presentación de la demanda, el curatore fallimentare tendrá que realizar el proyecto del pasivo. El proyecto del pasivo, supone una expresión motivada de las conclusiones sobre cada una de las demandas de admisión al pasivo presentadas. Este proyecto consistirá en dos listados: 1. El primero es un listado de los acreedores; 2. El segundo es un elenco de los titulares de derechos de bienes muebles e inmuebles. Así, el curatore para realizarlo tendrá que examinar: a) si el negocio del que deriva el crédito es anterior o posterior a la declaración de concurso; b) que se haya realizado conforme a la legalidad vigente; c) la validez del crédito en torno a la forma, cuantía y condición del mismo; d) la existencia de elementos que modifiquen los derechos de los acreedores; e) las excepciones posibles en cada uno de los créditos (el curatore puede contemplar cualquier tipo de excepción como la prescripción, la decadencia del derecho, el incumplimiento del contrato, la resolución contractual, la rescisión contractual, la nulidad contractual, la anulabilidad contractual, etc). El curatore deberá finalizar ambos listados con unas breves conclusiones que recojan de forma motivada el resultado de las mismas. Estos dos listados tendrán que ser presentados al menos 15 días antes de la fecha de la audiencia de formación del pasivo, en la cancelleria del Tribunal Fallimentare. Este proyecto del pasivo podrá ser examinado por los acreedores, el concursado y los titulares de derechos reales o personales. Ya, en la audiencia para la formación del pasivo (ex art. 95 III Legg. Fall.), el Juez delegado tendrá que examinar las excepciones interpuestas por el curatore, por cualquier acreedor, por cualquier interesado, o de oficio. Es el momento en el que se puede contestar a las excepciones planteadas en el proyecto del pasivo, aportando incluso nueva documentación que avale la oposición a las excepciones. Se procederá a la práctica de la prueba propuesta por los acreedores e interesados, tal y como dispone el artículo 2697 Cc. El curatore fallimentare emitirá su parecer respecto a cada una de las demandas de admisión, aunque será el Juez Delegado quien decida sobre la admisión de los créditos al pasivo concursal o sobre su desestimación. En el caso en que no se hubiese podido finalizar la formación del pasivo, el Juez delegado convoca para otras sucesivas audiencias, no pudiendo mediar un lapso superior a 8 días entre cada audiencia (ex art. 96 III LEgg. Fall.). Una vez finalizada la audiencia, el Juez emitirá un decreto motivado por el que se declara la ejecutividad del pasivo concursal, emitiéndose este decreto el mismo día en que finaliza la audiencia de formación del pasivo (ex art. 96 IV Legg. Fall.). Para un mayor estudio sobre la formación del pasivo y sobre la demanda de admisión al pasivo, véase: IMPAGNATIELLO G. (2011), "**L'accertamento del passivo**", **Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali**, AAVV a cura di TRISORIO G., Edit. Giuffrè, Milano, págs. 199 a 212; SCARSELLI G. (2011), "**L'accertamento del passivo**", **Manuale di diritto fallimentare**, AAVV a cura di PACCHI S., Edit. Giuffrè, Edizione II, Milano, págs. 299 a 302 para la demanda de admisión al pasivo, y págs. 311 a 315, para la formación del inventario; BISCIONE S./PESETTI R. (2012), "**Compendio di diritto fallimentare, parte 1: il fallimento**", cit., págs. 118 a

pasivo comienza en la fecha de establece la Sentencia de declaración de concurso<sup>761</sup>, y finaliza cuando el Juez Delegado considera formado el pasivo.

## 2.2.4 Conclusiones en Derecho Italiano

Los actos de ejecución de los Acuerdos de Refinanciación típicos, no podrán ser revocados por ninguna de las acciones revocatorias reconocidas en la Legge Fallimentare. Se prevé expresamente que **la acción revocatoria concursal** (ex art. 67 Legg. Fall) no podrá ejercitarse contra los negocios de ejecución del Acuerdo (ex art. 182 bis Legg. Fall).

La **acción revocatoria ordinaria**(ex art. 66 Legg. Fall) no es más que la adecuación de la acción pauliana civil (ex art. 2901 Cc) al proceso concursal. Supone una acción

---

124; CIRILLO B./ POSTIGLIONE G. (2012), “**Manuale pratico del curatore fallimentare**”, cit., págs. 272 a 284; para un estudio más avanzado de la demanda de admisión al pasivo TRISORIO G. (2011), “**La domanda di ammissione del credito**”, *Riv. Il fallimento*, núm. 9, pág. 1034 y siguientes.

<sup>761</sup> La **Sentencia de declaración de concurso**, se regula en los artículos 16 y 17 Legg. Fall. Supone la culminación, del procedimiento de declaración del concurso, ya que el Juez, una vez ha examinado el cumplimiento de los requisitos para la declaración de concurso, procederá a la declaración del mismo, o bien a su desestimación. En caso de declarar el concurso, la Sentencia tendrá que contener los siguientes pronunciamientos: 1. Nombramiento del Juez delegado y del curatore fallimentare; 2. Mandamiento, al deudor, de depositar el balance económico, las escrituras contables, las escrituras fiscales y un listado de acreedores, en el plazo máximo de 3 días; 3. La fijación del lugar y fecha exacta de la audiencia para la formación de inventario (será dentro de los 120 días siguientes al depósito de la Sentencia en la cancelleria fallimentare”, o bien, dentro de los 180 días siguientes al depósito de la Sentencia, para los casos especialmente complicados); 4. Un aviso a los acreedores con derechos reales o personales, para que presenten la demanda de admisión al pasivo concursal en el plazo perentorio de 30 días antes de la celebración de la audiencia para la formación del pasivo. Esta Sentencia será publicada, según el artículo 17 Legg. Fall., en el día siguiente a su depósito en la cancelleria fallimentare. El régimen de publicación supone la notificación (de la Sentencia entera) al deudor (según lo dispuesto en el artículo 137 C.P.C), la notificación al curatore fallimentare y al solicitante de la declaración de concurso (bajo las reglas establecidas en el artículo 136 C.P.C.) y será anotada en el Registro Mercantil del lugar donde la empresa tuviese su sede social. La Sentencia de declaración del concurso será recurrible en apelación, ante la Corte de Apelación, en el plazo máximo de 30 días desde su notificación. En el caso de que el recurso de apelación lo presente cualquier interesado, el plazo de 30 días comenzará a contar desde la anotación de la declaración del concurso en el Registro Mercantil. La presentación del recurso de apelación no tiene efectos suspensivos. La Corte de Apelación decide sobre el recurso en Sentencia, la cual es recurrible en casación en el plazo de 30 días desde la notificación de la Sentencia de apelación. Información obtenida de un breve resumen de los siguientes manuales, y a los cuales me remito para un estudio más profundo: LONGO D. (2011), “**La dichiarazione di fallimento: contenuto, competenza e gravami**”, *Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, AAVV a cura di TRISORIO G., Edit. Giuffrè, Milano, págs. 48 a 59; SCARSELLI G. (2011), “**La dichiarazione di fallimento**”, *Manuale di diritto fallimentare*, AAVV a cura di PACCHI S., Edit. Giuffrè, Edizione II, Milano, págs. 74 y 75; FIALE A. (2012), “**Diritto Fallimentare**”, cit., págs. 90 a 95; BISCIONE S./PESSETTI R. (2012), “**Compendio di diritto fallimentare, parte 1: il fallimento**”, cit., págs. 46 a 50; CIRILLO B./ POSTIGLIONE G. (2012), “**Manuale pratico del curatore fallimentare**”, cit., págs. 167 a 170 para la Sentencia de declaración de concurso, y págs. 172 a 180 para un estudio más detallado sobre la apelación de la Sentencia.

parecida a la anterior aunque, como ya se ha dicho, su ejercicio es residual (para todos aquellos actos que no puedan ser revocados por la acción revocatoria concursal). Sin embargo, la doctrina ya citada se posiciona extendiendo la irrevocabilidad al ejercicio de la acción revocatoria ordinaria o pauliana.

Por otra parte, proponemos el ejercicio de la **acción de nulidad** dentro del proceso concursal, como un tipo de acción impugnatoria. En efecto esta acción sí cabría contra los negocios de ejecución del acuerdo de refinanciación típico. La única causa que realmente tiene efectividad práctica es la de ilicitud o falsedad de la causa o motivo del negocio jurídico, ya que el resto de causas son fácilmente apreciables por el Juez a la hora de evaluar cada acto del Acuerdo. Pero, y a diferencia que en el ordenamiento español, el legislador italiano no ha previsto su ejercicio dentro del proceso concursal<sup>762</sup>.

Por consiguiente, la Legge Fallimentare, en lo referente a la irrevocabilidad de los actos de ejecución de los Acuerdos de Refinanciación, es taxativa. No permite, el ejercicio de acción alguna que pueda truncar los actos de ejecución de un Acuerdo de Refinanciación típico (ex art. 182 bis Legg. Fall.).

Esto nos induce a pensar que el blindaje de los actos de ejecución del Acuerdo típico es completo. Lo que puede revertir en la indefensión de los acreedores en mayor medida.

No podemos olvidar que no es el único medio para poder actuar contra los Acuerdos de Refinanciación. Los acreedores disidentes podrán oponerse a la inatacabilidad del Acuerdo en sede homologatoria.

Es más, en caso en que no se llegasen a formular oposiciones, el Juez podría ostentar un control de oficio sobre el Acuerdo de Refinanciación.

En todo caso, se verían siempre tutelados los derechos de los acreedores.

Por tanto, se dota de una completa protección a los actos de ejecución del Acuerdo, sin llegar a afectar a los derechos e intereses de los acreedores extraños al mismo. De esta manera todas las partes interesadas se encuentran protegidas y tuteladas.

---

<sup>762</sup> El ejercicio de la acción de nulidad dentro del proceso concursal, no está aprobado por el legislador italiano, y de hecho, la doctrina no se ha pronunciado al respecto, sin embargo, y a falta de un mayor aporte, lo proponemos como una posibilidad, aunque a diferencia del ordenamiento jurídico español, no se prevé su ejercicio.

## 2.3 Comparación de ambos ordenamientos jurídicos

En lo referente a la **acción rescisoria concursal**, en España es regulada en el artículo 71 y siguientes de la Ley Concursal, mientras que en Italia viene recogida en el artículo 67 de la Legge Fallimentare.

En lo que refiere a la irrevocabilidad de los actos de ejecución del acuerdo de refinanciación típico, ambos ordenamientos son idénticos y claros, ya que se prevé en cada uno de ellos de igual modo.

Sin embargo, difiere en lo que refiere a la **acción pauliana**:

- En la Ley Concursal, la acción pauliana es una acción civil que se ejercita dentro del proceso concursal como una acción impugnatoria, ya que así lo propone el artículo 71.6 LC. Mientras que en la legislación italiana, la acción pauliana viene ya regulada en el artículo 66 Legg. Fall., adecuándose a las pesquisas del proceso concursal.
- El escudo protector de la irrevocabilidad se prevé en España contra la acción rescisoria (ex art. 71 bis.1 LC), pero no contra las acciones impugnatorias. Será posible ejercitar la acción pauliana contra los actos de ejecución del acuerdo de refinanciación típico. Sin embargo, en Italia no se considera que la acción pauliana sea una acción impugnatoria, sino una acción concursal. Es por ello por lo que la doctrina ya mencionada considera que se extenderá la aplicación de la irrevocabilidad (art. 67 III Legg. Fall.). Por tanto en Italia no cabe el ejercicio de la acción pauliana contra los actos de ejecución del acuerdo de refinanciación.

Respecto a la **acción de nulidad**, en España es considerada como una acción impugnatoria. Cabe contra los actos de ejecución del Acuerdo de Refinanciación típico. Será necesario que se adecúe su ejercicio a las pesquisas del proceso concursal.

Sin embargo, en la Legge Fallimentare italiana, igualmente será considerada como una acción impugnatoria. El legislador italiano no prevé en ningún momento que puedan ejercitarse acciones impugnatorias dentro del proceso concursal. Si bien, siempre puede ejercitarse la acción de nulidad frente a un negocio jurídico.

Respecto a la **irrevocabilidad o irrevocabilidad**, el legislador italiano es mucho más taxativo que el español. Esto se debe a que restringe la posibilidad de revocar o impugnar los actos propios de la ejecución de un Acuerdo de Refinanciación típico.

Podemos pensar que la legislación italiana se excede en la protección, ya que no concede la posibilidad de actuar contra los actos de ejecución del Acuerdo de

Refinanciación típico. Sin embargo, hemos de partir de que se tratan de dos regímenes diversos.

En el Derecho español el Acuerdo de Refinanciación típico no se somete a un control judicial. Tampoco se les concede a los interesados la posibilidad de oponerse a su tipicidad. Ello se debe a que sólo basta con el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 71 bis.1 LC, sin someterlo obligatoriamente al control judicial, ni tampoco prejudicial (el informe del experto es algo potestativo tras la reforma por el Real Decreto.ley 4/2014)

Por el contrario, en el ordenamiento italiano, la tipicidad del acuerdo queda sometida a un control por parte del órgano judicial que lo homologa, además de preverse un plazo de 30 días para formular oposición a dicha homologación.

Por tanto, **podemos concluir** diciendo que la legislación italiana protege en mayor medida el Acuerdo de Refinanciación y los actos de su ejecución que la española. Todo ello sin atentar en ningún momento contra el derecho de defensa de los acreedores, pues cada uno de ellos tiene la posibilidad de evitar la tipicidad del acuerdo.

La base de esta diferencia se encuentra en la subordinación de la tipicidad, y consecuente irrevocabilidad, a la homologación judicial del Acuerdo de Refinanciación. De esta forma, se puede procurar una mayor protección del acuerdo de refinanciación sin afectar los derechos de los acreedores<sup>763</sup>.

---

<sup>763</sup> Vid. LEÓN F.J. (2014), **“La ineficacia de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 90, *“Desde un punto de vista teleológico, el fundamento de la rescisión de los acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis se encuentra en la ausencia de control judicial del cumplimiento de las condiciones que se establecen en este precepto. Declarado el concurso, ante el hecho incuestionable de la falta de viabilidad del deudor, se legitima a la administración concursal para que verifique si lo manifestado por las partes es correcto y se cumplieron las condiciones del artículo 71 bis o no, en cuyo caso se debe proceder a considerarlos como acuerdos ordinarios y se abre la vía para la rescisión”*; GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa”**, cit., pág. 153, *“L’importanza del controllo giudiziale risiede allora nella circostanza che in mancanza vi sarebbe un rischio elevatissimo che gli accordi di ristrutturazione divengano uno scudo dietro il quale celae trasferimenti di ricchezza a vantaggio di alcuni creditori e a danno di altri”*; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., págs. 1273 y 1274, en las que explica que la protección del Acuerdo de Refinanciación, y de los negocios previstos para su ejecución, sólo se podrá entender en base al proceso de homologación. A través del procedimiento, se tutelan los derechos de los acreedores, así como los intereses en juego. Dice expresamente que por medio de éste, se evitan actuaciones fraudulentas en el Acuerdo de Refinanciación.; CINCOTTI C/NIEDDU ARRICA F. (2013), **“La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo”**, cit., pág. 5 en la que dice que la protección otorgada a los Acuerdos de Refinanciación reside en el procedimiento de homologación. Así, los Acuerdos que son homologados podrán ser protegidos. Sólo así puede dotarse de una protección de los Acuerdos de Refinanciación sin influir en los derechos de los acreedores, pues de lo contrario estaríamos expuestos a actuaciones fraudulentas del deudor o de los propios acreedores que ratifican el Acuerdo de Refinanciación; MARCHEGIANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., págs. 51 y 167, en la que dice que a

Así, se puede dotar a los negocios jurídicos de ejecución del Acuerdo de Refinanciación, de una completa protección. Y ello no implica imponer a los acreedores la inatacabilidad del Acuerdo, ya que antes de su tipicidad han tenido la oportunidad de defender sus intereses y derechos.

Por ello, a través del procedimiento de homologación, es justo que los negocios de ejecución del Acuerdo de Refinanciación sean dignos de protección. En ningún momento se podrá poner en tela de juicio su validez o el beneficio que provoquen.

**Sin embargo, la inserción de un procedimiento de homologación plantea otro problema.**

El Juez, salvo raras ocasiones, no tendrá conocimientos suficientes para poder evaluar la viabilidad e idoneidad del Acuerdo de Refinanciación en sede homologatoria. Ello implica que no se realizará ningún control sobre el contenido mismo del acuerdo de refinanciación<sup>764</sup>.

Precisará la asistencia de un experto en la materia que pueda verificar que el Acuerdo es adecuado para evitar el estado de insolvencia del deudor. Ello implicaría la dilación del procedimiento de homologación, quebrando así la filosofía de brevedad y simplicidad de las soluciones preconcursales.

---

través del procedimiento de homologación, se dota de seguridad jurídica a los Acuerdos de Refinanciación; GUERRIERI G. (2012), **“Il controllo giudiziale sui piani attestati”**, cit., págs. 1 y 6, en el mismo sentido. Critica el “Piano di Risanamento” por concederse protección a un instituto preconcursal sin intervención judicial, lo que puede atentar contra los derechos de los acreedores. Continúa diciendo que es la razón por la que los Acuerdos de Refinanciación están más protegidos, por estar sometidos a una intervención judicial. Finaliza diciendo que la intervención judicial posibilita una protección de los Acuerdos de Refinanciación sin atentar contra los derechos de los acreedores; CASTIELLO D’ANTONIO A. (2013), **“Aspetti problematici degli istituti preconcursali”**, cit., págs. 308, 316 a 318, en este sentido. Dice que el el derecho de defensa de los acreedores y de cualquier interesado quedan asegurados por el procedimiento de homologación. De hecho dice que el único medio para poder dotar de protección al Acuerdo de Refinanciación, es el proceso de homologación, pues de lo contrario estaríamos expuestos a acutaciones fraudulentas, por medio del Acuerdo de Refinanciación. Sólo a través del procedimiento de homologación, se puede evitar el fraude de acreedores en el Acuerdo de Refinanciación; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosoto 2012, n. 134”**, cit., págs. 112 y 113, en las que se dice que el único medio de dotar de suficiente protección a los Acuerdos de Refinanciación, sin afectar el derecho de defensa de los acreedores, es el procedimiento de homologación.

<sup>764</sup> Vid. LEÓN F.J. (2014), **“La ineficacia de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 90, *“hay que tener en cuenta que los acuerdo son susceptibles de ser homologados sin que se plantee oposición, en cuyo caso, el enjuiciamiento se limita a comprobar el cumplimiento de las condiciones en función de lo manifestado por las partes y de la observancia de los requisitos formales”*; VALENCIA F. (2014), **“La tipología de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 124, en este sentido.

Por esto se precisa un control prejudicial del Acuerdo de Refinanciación<sup>765</sup>. De esta forma se puede llegar a un proceso de homologación rápido y abreviado, siguiendo el modelo italiano. Y así poder asegurar tanto los derechos de los acreedores, como los intereses puestos en juego en el proceso concursal.

---

<sup>765</sup> Vid. GUERRIERI G. (2012), **“Il controllo giudiziale sui piani attestati”**, cit., págs. 3 y 4, en las que el autor considera que el informe del experto independiente es imprescindible para la irrevocabilidad de los pactos del Acuerdo de Refinanciación. No sólo porque la norma lo expone, sino porque su ausencia implicaría una falta de control que incide directamente en el procedimiento de homologación del Acuerdo, estándose expuestos a actuaciones fraudulentas que gozarían de protección. Considera necesario igualmente el informe para que el procedimiento de homologación puede tener algún sentido. El Juez tendrá que examinar el contenido del Acuerdo, sin embargo este examen no está dentro de sus competencias. Por tanto, precisará la opinión de un experto que haya elaborado un informe previo al procedimiento de homologación; CASTIELLO D’ANTONIO A. (2013), **“Aspetti problematici degli istituti preconcursali”**, cit., pág. 317, en la que dice que la protección del Acuerdo de Refinanciación viene del doble control que pesa sobre él. El primero el del experto independiente. El segundo es el del Tribunal Concursal. Sólo por medio de los dos controles puede construirse un sistema de protección que realmente sea respetuoso con los intereses puestos en juego en el Acuerdo de Refinanciación; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 433 y 497, en la que se habla de la importancia del informe del experto de cara a la instrucción del Juez que homologa el Acuerdo de Refinanciación en España; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., pág. 82, en la que dice que el Acuerdo de Refinanciación precisara, en todo momento, el control que efectúa el experto independiente; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 35, en la que dice que el informe del experto independiente tiene una función instructora para con el Juez de los Mercantil; PULGAR EZQUERRA J. (2014), **“Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”**, cit., pág. 9, diciendo que es imprescindible la inserción en la Ley de un control prejudicial.

# Capítulo 3. El control prejudicial del Acuerdo de Refinanciación.

## 3.1 La ausencia de un control prejudicial del Acuerdo de Refinanciación.

Tras la nueva reforma de la Ley Concursal, por el Real Decreto-ley 4/2014, se ha eliminado el informe favorable del experto independiente, como requisito de la tipicidad del Acuerdo de Refinanciación.

El informe del experto independiente ha pasado a una mera potestad del deudor o de los acreedores. Ha sido sustituido por una certificación sobre la mayoría necesaria para alcanzar un Acuerdo de Refinanciación.

La certificación será emitida por el auditor de cuentas del deudor, o bien, en ausencia de éste, el que designe el Registrador Mercantil donde radique el domicilio del deudor.

A lo largo de este apartado comprobaremos si este requisito realmente implica algo más que una mera certificación cuantitativa de las mayorías alcanzadas.

En primer lugar nos referimos al **auditor de cuentas** como autor de la certificación necesaria para la tipicidad del Acuerdo de Refinanciación.

Regulados en el Real Decreto Legislativo 1/2011 de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas.

La doctrina<sup>766</sup> se muestra vacilante respecto a si constituyen un órgano social dentro de la sociedad auditada o no. Sin embargo, no duda respecto a la definición del auditor de cuentas.

---

<sup>766</sup> De un lado nos encontramos la **tesis organicista** considera que el auditor de cuentas, o equipo de auditoría, forman parte de la sociedad constituyéndose en órgano social. La postura se fundamenta en que son elegidos por la propia Junta General para desempeñar en la Sociedad una labor que por sí sola no puede realizar. Igualmente exponen que se trata de una actividad sin la cual la Sociedad no puede funcionar correctamente, por lo que precisará de un órgano interno que la realice. Esta tesis es compartida por GARCÍA LUENGO R/SOTO VÁZQUEZ R (1991), "**El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima (Comentarios y Jurisprudencia)**", Edit. Comares, Granada, págs. 839 y siguientes; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (1995), "**La revocación del auditor de cuentas en la Sociedad Anónima**", en **Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont**, AAVV, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 3498. La **tesis no orgánica**, considera que el auditor de cuentas no es un órgano social. No es más que un profesional contratado por la Sociedad para que desempeñe la función de auditoría. Esta es la tesis

Es un profesional especializado, encargado<sup>767</sup> de la revisión y verificación de las cuentas anuales, estados patrimoniales y demás documentos contables de una Sociedad Mercantil. Su actividad culminará con un informe sobre la fiabilidad de tales documentos.

Respecto a su **naturaleza jurídica**<sup>768</sup>, hemos de decir que se trata de un mero profesional liberal, que queda vinculado a una sociedad por medio de un contrato mercantil de obra, aunque con efectos públicos.

En lo referente a los **requisitos para el nombramiento del auditor de cuentas** (“normas técnicas generales”<sup>769</sup>), hemos de distinguir dos tipos de requisitos<sup>770</sup>:

---

minoritaria, avalada por JANÉ BONET J. (1995), “**Análisis jurídico de la Auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor de cuentas**”, Edit. J. M. Bosch Editor, Barcelona, pág. 87.

<sup>767</sup> Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ C. (1997), “**El auditor de cuentas. Un estudio de Derecho Administrativo**”, Edit. Marcial Pons, Madrid, pág. 121, “*Y va a ser el Auditor de cuentas el profesional especializado para intervenir la documentación contable de la sociedad obligada a auditarse mediante la verificación de sus cuentas o de los documentos que con trascendencia contable, exigen de su informe*”; JANÉ BONET J. (1995), “**Análisis jurídico de la Auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor de cuentas**”, cit., pág. 87, en el mismo sentido; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (1995), “**La revocación del auditor de cuentas en la Sociedad Anónima**”, cit., pág. 3498, en este sentido; DOMÉNECH E. (2007), “**El informe del auditor**”, Revista Partida Doble, núm. 191, pág. 86, en este sentido.

<sup>768</sup> Vid. JANÉ BONET J. (1995), “**Análisis jurídico de la Auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor de cuentas**”, cit., pág. 89, en la que expone que durante mucho tiempo se había creído que el contrato de auditoría era un contrato de arrendamiento de servicios, ya que se contrata para que se desempeñe la función de auditoría. Sin embargo, la auditoría de cuentas no puede concebirse válida si no se emite un informe final sobre la fiabilidad de los documentos contables y de su contenido. Por tanto concluye diciendo “*el contrato de arrendamiento pactado entre auditor y sociedad no lo es de servicios sino de obra: en virtud de la contraprestación principal del auditor consiste no tanto en la puesta a disposición de la compañía de sus servicios sino en la consecución de un específico resultado de periodicidad apriorística pero no necesariamente anual: el informe de auditoría.*”; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (1995), “**La revocación del auditor de cuentas en la Sociedad Anónima**” cit., págs. 3498 a 3517, en las que deja ver que se trata de un profesional de carácter privado o liberal que es designado libremente por la Junta General, por medio de un contrato mercantil de obra. De hecho, en todo momento considera que al ser designado por la Junta General no puede ser considerado como una función de tipo público, aunque su actividad tenga eficacia pública. Sólo puede ser un profesional liberal que es contratado por la Sociedad con la finalidad de emitir un informe sobre la fiabilidad de la información contable examinada.

<sup>769</sup> Vid. DOMÉNECH E. (2007), “**El informe del auditor**”, cit., pág. 86, “*Las normas técnicas de carácter general regulan las condiciones que debe reunir el auditor de cuentas y su comportamiento en el desarrollo de la actividad de auditoría de cuentas.*”

<sup>770</sup> Vid. JANÉ BONET J. (1995), “**Análisis jurídico de la Auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor de cuentas**”, cit., págs. 91 a 96, en las que elabora un listado de los requisitos necesarios para ser auditor de cuentas, englobándolos en estos dos grupos. No obstante, hemos de recomendar su lectura al amparo del Real Decreto-Legislativo 1/2011, para una lectura correcta de tales requisitos en este sentido; SUÁREZ ENCISO F./ALVARADO RIQUELME M./PULIDO ÁLVAREZ A. (2010), “**Una reflexión sobre la nueva LAC**”, Revista Partida Doble, núm. 225, págs. 26 y 27, en este sentido.

- Estar inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas. Para ello se requiere, según el artículo 8 del Real Decreto-Legislativo 1/2011 lo siguiente<sup>771</sup>:
  - Ser mayor de edad.
  - Tener nacionalidad española o la de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea.
  - Carecer de antecedentes penales por delitos dolosos.
  - Haber obtenido la correspondiente autorización del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
  
- Los requisitos para obtener la autorización del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, según el artículo 8.2 del Real Decreto-Legislativo 1/2011, son los siguientes<sup>772</sup>:
  - Haber seguido programas de enseñanza teórica y práctica en materia relacionada con la auditoría y tipificada en el artículo 8.2 c) del Real Decreto-Legislativo 1/2011.
  - Haber superado un examen de aptitud profesional organizado y reconocido por el Estado.
  - Haber obtenido titulación universitaria. Si se cumplieren el resto de requisitos, a excepción de éste, se puede obtener la autorización igualmente. Para ello habrá que acreditar titulación suficiente para el ingreso a la Universidad, haber adquirido la formación teórica y práctica señalada y una experiencia profesional en materia financiera y contable (especializada en cuentas anuales, durante al menos 8 años).

Pueden ser auditores de cuentas todas las personas que cumplan estos requisitos. Sin embargo también caben las **Sociedades de Auditoría**, siempre y

---

<sup>771</sup> Vid. SUÁREZ ENCISO F./ALVARADO RIQUELME M./PULIDO ÁLVAREZ A. (2010), “**Una reflexión sobre la nueva LAC**”, cit., pags. 26 y 27, en la que exponen los requisitos necesarios para que los auditores puedan estar inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas; JANÉ BONET J. (1995), “**Análisis jurídico de la Auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor de cuentas**”, cit., págs. 91 y 92, en este sentido.

<sup>772</sup> Vid. JANÉ BONET J. (1995), “**Análisis jurídico de la Auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor de cuentas**”, cit., págs. 93 a 96, en este sentido donde explica cada uno de los requisitos necesarios para obtener la autorización del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

cuando cumplan con lo dispuestos en el artículo 10 del Real Decreto-Legislativos 1/2011<sup>773</sup>.

El auditor será **designado** por la Junta General de la Sociedad auditada<sup>774</sup>. Se podrá instar la designación por el Registro Mercantil<sup>775</sup> en caso en que no se hubiese designado antes de finalizar el ejercicio a auditar, o bien cuando el designado no hubiera aceptado el encargo.

En el caso en que el auditor nombrado (bien sea por acuerdo de la Junta General, bien por el Registro Mercantil) haya sido revocado<sup>776</sup>, se podrá solicitar al Juez la designación de otro auditor<sup>777</sup>.

La función principal del auditor<sup>778</sup> de cuentas es la **emisión de un informe de auditoría** sobre la fiabilidad y veracidad de la información financiera y contable de la Sociedad que lo ha contratado.

---

<sup>773</sup> Vid. JANÉ BONET J. (1995), **“Análisis jurídico de la Auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor de cuentas”**, cit., pág. 90, en la que hace un elenco de los requisitos necesarios para constituir una Sociedad de Auditoría. Sin embargo, el texto está desfasado a raíz de las sucesivas reformas. Por ello recogeré el contenido del artículo 10 del Real Decreto-Legislativo 1/2011, que es casi idéntico al mencionado por el autor, con las modificaciones efectuadas. Así, los requisitos para las Sociedades de Auditoría son los siguientes: *“1. Que las personas físicas que realicen los trabajos y firmen los informes de auditoría en nombre de una sociedad de auditoría estén autorizadas para ejercer la actividad de auditoría de cuentas en España; 2. Que la mayoría de los derechos de voto correspondan a auditores de cuentas o sociedades de auditoría autorizados para realizar la actividad de auditoría de cuentas en cualquier Estado miembro de la Unión Europea; 3. Que la mayoría de los miembros del órgano de administración sean socios auditores de cuentas o sociedades de auditoría autorizados para realizar la actividad de auditoría de cuentas en cualquier Estado miembro de la Unión Europea.”*

<sup>774</sup> Vid. JANÉ BONET J. (1995), **“Análisis jurídico de la Auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor de cuentas”**, cit., págs. 101 a 103, en este sentido, en las que explica que la Junta General tendrá que alcanzar un acuerdo para la designación del auditor de cuentas que va a efectuar el informe sobre la Sociedad;

<sup>775</sup> Vid. JANÉ BONET J. (1995), **“Análisis jurídico de la Auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor de cuentas”**, cit., págs. 103 a 108, en las que explica que será competente para la designación el Registrador Mercantil del lugar donde radique el domicilio de la Sociedad auditada. Precisa que sólo podrá instarse la designación por el Registro en las siguientes situaciones: 1. Cuando no haya sido nombrado antes de que finalice el ejercicio a auditar; 2. Cuando el auditor no acepte el encargo; 3. Cuando el auditor no haya emitido el informe por justa causa.

<sup>776</sup> Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (1995), **“La revocación del auditor de cuentas en la Sociedad Anónima”**, cit., págs. 3502 a 3524, en las que se explica con ahínco todo lo relativo a la revocación del acuerdo para la designación de un auditor de cuentas, así como la definición de “justa causa” como motivo de la revocación. Recomendamos encarecidamente su lectura, al amparo de la actual sociedad de capital y del Real Decreto-Legislativo 1/2011, ya que el texto es anterior a la reforma, aunque el derecho sustantivo apenas haya sufrido reforma.

<sup>777</sup> Vid. JANÉ BONET J. (1995), **“Análisis jurídico de la Auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor de cuentas”**, cit., págs. 108 y 109, en las que explica que la designación judicial es la última ratio para nombrar a un auditor de cuentas. Para ello exige que previamente que se haya designado infructuosamente un auditor por el Registro Mercantil, o bien que el auditor nombrado pro la Junta General, haya sido revocado por justa causa. Precisa que la Sociedad puede proponer a otro, puesto que se trata de un procedimiento de justicia rogada.

Este informe es considerado como un documento mercantil de carácter privado<sup>779</sup>, aunque con un contenido mínimo tasado en el artículo 3 del Real Decreto-Legislativo 1/2011<sup>780</sup>.

Esta labor deberá efectuarse bajo la diligencia<sup>781</sup> que su cargo les exige, además de un deber de secreto<sup>782</sup> de toda la información que hubieren utilizado.

---

<sup>778</sup> Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (1995), **“La revocación del auditor de cuentas en la Sociedad Anónima”**, cit., pág. 3498, en la que dice que la función principal del auditor de cuentas es la elaboración del informe de auditoría. Finaliza diciendo que toda la actividad del auditor de cuentas culmina con la emisión del informe de auditoría; JANÉ BONET J. (1995), **“Análisis jurídico de la Auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor de cuentas”**, cit., pág. 143, en este sentido; DOMÉNECH E. (2007), **“El informe del auditor”**, cit., pág. 86, en este sentido; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ C. (1997), **“El auditor de cuentas. Un estudio de Derecho Administrativo”**, cit., pág. 121, en este sentido.

<sup>779</sup> Vid. JANÉ BONET J. (1995), **“Análisis jurídico de la Auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor de cuentas”**, cit., pág. 146, *“El documento que se analiza, el informe del auditor, ha de ser configurado jurídicamente como un documento privado, de carácter mercantil, dotado de un contenido mínimo legal”*

<sup>780</sup> Vid. DOMÉNECH E. (2007), **“El informe del auditor”**, cit., págs. 87 a 92, en la que desarrolla el contenido mínimo del informe de auditoría. A grandes rasgos, engloba el contenido del informe en los siguientes apartados: 1. Título de identificación; 2. Identificación de destinatarios y personas que hicieron el encargo; párrafo de alcance de auditoría; 5. Párrafo de opinión; 6. Párrafo de salvedades; 7. Párrafo de énfasis; 8. Párrafo sobre el informe de gestión; 9. Nombre, dirección u datos registrales del auditor; 10. Firma del auditor; 11. Fecha de emisión del informe. Precisa que dentro del párrafo de opinión, se tendrá que manifestar la opinión personal del auditor sobre la labor desempeñada, pudiendo ser: favorable, con salvedades, desfavorable o bien denegada; JANÉ BONET J. (1995), **“Análisis jurídico de la Auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor de cuentas”**, cit., págs. 146 y 146 habla de un contenido mínimo del informe de auditoría, remitiéndose al artículo 2 de la antigua Ley de Auditoría de Cuentas.

<sup>781</sup> Vid. JANÉ BONET J. (1995), **“Análisis jurídico de la Auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor de cuentas”**, cit., págs. 140 y 141, en las que expone que el auditor de cuentas está obligado a realizar su función con cuidado y diligencia profesional. Se le exige la máxima cautela en su labor, pues una vez emite el informe de auditoría, éste no se pondrá en duda, ni tampoco la fiabilidad de los datos en él vertidos. Finaliza diciendo que esta diligencia encuentra su manifestación primaria en la aceptación del encargo. El auditor sólo aceptará la designación si realmente se ve capacitado para desempeñarla correctamente, lo que implica la diligencia en la aceptación del encargo.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ C. (1997), **“El auditor de cuentas. Un estudio de Derecho Administrativo”**, cit., págs. 135 y 136, en este sentido.

<sup>782</sup> Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ C. (1997), **“El auditor de cuentas. Un estudio de Derecho Administrativo”**, cit., págs. 126 a 133, en las que explica el deber de secreto del auditor de cuentas. Concretamente expone que el auditor tiene la obligación de no divulgar la información que conoce a razón de su cargo. Sin embargo este deber no es ilimitado, pues en determinadas ocasiones puede ser trasgredido, como por ejemplo, a requerimiento de la Administración Pública, siempre que dicho requerimiento esté motivado por el interés público, y se refiera a información estrictamente imprescindible. Precisa que a este deber de secreto profesional le acompaña el deber del auditor de custodiar la documentación en su poder durante 5 años, documentación que tampoco puede ser divulgada en base al deber de secreto; JANÉ BONET J. (1995), **“Análisis jurídico de la Auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor de cuentas”**, cit., págs. 137 a 140, en este sentido. Precisa que el deber de secreto, así como el de custodia de la documentación, se haya implícitos en el contrato de auditoría. No necesitan ser pactados.

Este informe tendrá que ser emitido en el plazo máximo de 1 mes<sup>783</sup> a partir del momento en que fueron entregadas las cuentas firmadas por los administradores, según el artículo 270.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

No cabe duda de que la función de emitir un informe sobre la fiabilidad de la información contable, exige la independencia del auditor.

Así, el auditor de cuentas debe ser completa y absolutamente **independiente**, tanto con la sociedad que audita, como con la información que obtiene de ella. No puede beneficiarse de su cargo ni tampoco obrar con un juicio afectado<sup>784</sup>.

Para evitar que el auditor pueda mostrarse parcial, existen los siguientes mecanismos<sup>785</sup>:

---

<sup>783</sup> Vid. JANÉ BONET J. (1995), **“Análisis jurídico de la Auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor de cuentas”**, cit., págs. 149 y 150, en las que expone que el informe de auditoría de cuentas tendrá que ser emitido en plazo máximo de un mes desde la fecha en que se entregan las cuentas de la Sociedad, firmadas por los administradores sociales. Puede darse el caso en que el auditor necesite una prórroga para efectuar el informe. Sin embargo esto sólo será posible cuando haya sido previsto contractualmente. Aunque el autor considera que puede aplicarse análogamente lo dispuesto sobre la prórroga del plazo de emisión del informe del experto independiente, según el artículo 345 del Reglamento del Registro Mercantil, aunque no es una postura compartida por la doctrina.

<sup>784</sup> Vid. VILLACORTA HERNÁNDEZ M.A. (2007), **“La independencia del auditor de cuentas externo”**, **Revista CES Felipe II**, núm. 6, según la versión descargada de dialnet en mayo 2014, pág. 2, en las que expone que *“La cualidad de independencia constituye la característica fundamental que deben poseer los auditores de cuentas anuales en el ejercicio de su actividad; hasta el punto de que la existencia de dicha actividad carece de sentido si no es desempeñada por profesionales independientes”*. Porsigue con la definición de independencia del auditor de cuentas diciendo que es *“una actitud mental que permite al auditor actuar con libertad respecto a su juicio profesional, para lo cual debe encontrarse libre de cualquier predisposición que limite su imparcialidad en la consideración objetiva de los hechos, así como en la formulación de sus conclusiones [...] el auditor no debe tener intereses ajenos a los profesionales, ni estar sujeto a influencias susceptibles de comprometer tanto la solución objetiva de los problemas que puedan serle sometidos como la libertad de expresar su opinión profesional”*; JANÉ BONET J. (1995), **“Análisis jurídico de la Auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor de cuentas”**, cit., pág 132, en este sentido, apuntando la necesidad de que el auditor de cuentas sea independiente; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ C. (1997), **“El auditor de cuentas. Un estudio de Derecho Administrativo”**, cit., págs. 140 y 145, en este sentido, hablando de la necesidad de la independencia del auditor de cuentas. Hace especial referencia a la independencia para con la Sociedad Auditada, pues el auditor es contratada por ella. Sin embargo, no deja fuera la independencia para con la Administración Pública, pues como ente que es, tiene que quedar igualmente al margen durante la auditoría; SUÁREZ ENCISO F./ALVARADO RIQUELME M./PULIDO ÁLVAREZ A. (2010), **“Una reflexión sobre la nueva LAC”**, cit., pag. 23, en este sentido; MARTÍNEZ LAGUNA L./RODRÍGUEZ MARTÍN A./YUBERO HERMOSA P (2006), **“La independencia del auditor y los conflictos de interés en auditoría”**, **Revista Partida Doble**, núm. 180, págs. 54 a 67, en las que explica ampliamente la necesidad de la independencia del auditor a través de las circunstancias sociales que han ido acaeciendo, así como los diferentes debates sobre la independencia del mismo.

<sup>785</sup> Vid. VILLACORTA HERNÁNDEZ M.A. (2007), **“La independencia del auditor de cuentas externo”**, cit., págs. 3 a 8, en este sentido, diciendo que éstos son los mecanismos para asegurar la independencia del auditor de cuentas.

- Un amplísimo sistema de incompatibilidades<sup>786</sup> del auditor de cuentas, desarrollado en los artículos 13, 15 y 16 a 18 del Real Decreto-Legislativo 1/2011.
- Un mecanismo de rotación de los auditores de cuentas<sup>787</sup>. El auditor podrá ser contratado por un mínimo de 3 años, prorrogable hasta dos períodos más de 3 años (un total de 9 años). En el caso en que la Sociedad revista interés público, o bien tenga un volumen de negocios superior a 50.000.000€, la contratación máxima será de 7 años.
- Unos controles de calidad<sup>788</sup> que puede efectuar la propia Sociedad, un auditor externo o incluso el propio Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de oficio.

El auditor será el encargado de la **certificación sobre las mayorías necesarias para la tipicidad del Acuerdo.**

Como bien dice el artículo 71 bis de la Ley Concursal, en su apartado 1º, letra b), subapartado 2º, será necesario que *“se emita una certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo de sociedades o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.”*

<sup>786</sup> Vid. JANÉ BONET J. (1995), **“Análisis jurídico de la Auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor de cuentas”**, cit., págs. 133 a 137, en el mismo sentido, diciendo que el sistema de incompatibilidades es la mejor manera de asegurar la independencia del auditor de cuentas.; SUÁREZ ENCISO F./ALVARADO RIQUELME M./PULIDO ÁLVAREZ A. (2010), **“Una reflexión sobre la nueva LAC”**, cit., págs. 24 a 26, en las que considera que el establecimiento de un sistema de incompatibilidades es la manera de asegurar la independencia del auditor de cuentas.; VILLACORTA HERNÁNDEZ M.A. (2007), **“La independencia del auditor de cuentas externo”**, cit., págs. 3 a 5, en este sentido; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ C. (1997), **“El auditor de cuentas. Un estudio de Derecho Administrativo”**, cit., pág. 146, en este sentido.

<sup>787</sup> Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ C. (1997), **“El auditor de cuentas. Un estudio de Derecho Administrativo”**, cit., pág. 146, en la que dice que la segunda vía para asegurar la independencia del auditor de cuentas, reside en la limitación a la duración del contrato de auditoría. Es decir, en la obligatoria rotación del cargo del auditor de cuentas. Actualmente se consigue por medio del establecimiento de una duración del contrato entre 3 y 9 años; VILLACORTA HERNÁNDEZ M.A. (2007), **“La independencia del auditor de cuentas externo”**, cit., págs. 6 y 7, en este sentido.

<sup>788</sup> Vid. VILLACORTA HERNÁNDEZ M.A. (2007), **“La independencia del auditor de cuentas externo”**, cit., pág. 8, en la que considera que es necesario que se efectúe un control sobre la actividad desempeñada por el auditor. Este control de calidad será realizado por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, otro auditor, un juicio externo conforme la normativa comunitaria, o incluso propone la creación de un órgano externo dedicado a tales fines; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (1995), **“La revocación del auditor de cuentas en la Sociedad Anónima”**, cit., pág. 3517, en la que dice que el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas está facultado para efectuar un control sobre la labor del auditor; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ C. (1997), **“El auditor de cuentas. Un estudio de Derecho Administrativo”**, cit., pág. 136, en este sentido.

Esta certificación no se considera dentro de la actividad propia del deudor<sup>789</sup>. El artículo 1.2 del Real Decreto-Legislativo 1/2011 excluye toda actividad que difiera de verificar la viabilidad de las cuentas del deudor o de documentos contables. Por ello, no le será de aplicación todo lo dispuesto sobre los informes de auditoría, regulados en el Real Decreto-Legislativo 1/2011.

Así, nos limitaremos a analizar que dice el legislador de la reforma cuando habla de certificación de las mayorías necesarias.

Esta certificación consiste en un estudio sobre qué mayoría de ratificación precisa el Acuerdo para que sea considerado típico.

Sólo cabe una interpretación, la literal. El legislador nos quiere decir que el auditor tendrá que hacer un estudio sobre el pasivo que ha de ratificar el Acuerdo, para que sea típico. Podríamos incluso pensar que el auditor tiene que estudiar también la mayoría que debe alcanzar en el caso en que se pretendan determinados efectos<sup>790</sup> en una futura homologación del Acuerdo de Refinanciación.

Sin embargo, la Ley es taxativa. El auditor sólo examinará estos extremos. No realizará nunca un control sobre el contenido sustantivo del Acuerdo de Refinanciación. De hecho, la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 4/2014 así lo establece, cuando promueve una relajación de los requisitos que se exigen para la tipicidad del Acuerdo.

Es una certificación cuantitativa de las mayorías necesarias para la tipicidad Acuerdo de Refinanciación, así como para la extensión del resto de pactos del mismo,

---

<sup>789</sup> Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ C. (1997), **“El auditor de cuentas. Un estudio de Derecho Administrativo”**, cit., pág. 150, *“En este sentido se afirma que lo que regula la Ley no es la profesión de Auditoría, sino la actividad de Auditoría que podrá ser realizada por profesionales, pero ni éstos tienen por qué realizar sólo esta actividad, ni ésta ha de ser exclusivo objeto de una única profesión, ya que nada se opone a que se realicen por profesionales con diferentes titulaciones”*; SUÁREZ ENCISO F./ALVARADO RIQUELME M./PULIDO ÁLVAREZ A. (2010), **“Una reflexión sobre la nueva LAC”**, cit., pag. 22, en el mismo sentido. Explica que la legislación regula todo lo referente a la auditoría de cuentas, sin embargo el auditor puede realizar otro tipo de actividades fuera de la auditoría. Es el caso de la certificación que efectúa sobre el Acuerdo de Refinanciación. Sin embargo este tipo de actividades no estarán reguladas en el Real Decreto-Legislativo 1/2011; JANÉ BONET J. (1995), **“Análisis jurídico de la Auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor de cuentas”**, cit., pág. 87, diciendo que la actividad del auditor es elaborar un informe sobre la fiabilidad de datos contables. Añade que las actividades que excedan de este dictamen sobre la veracidad de los datos contables, no son objeto de esta regulación, con independencia de que sean desempeñadas por un auditor; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (1995), **“La revocación del auditor de cuentas en la Sociedad Anónima”**, cit., pág. 3498, en este sentido.

<sup>790</sup> Nos referimos a los efectos derivados de la homologación del Acuerdo de Refinanciación, para los que se requiere un quórum de ratificación mucho más elevado. Estos efectos han sido ya objeto de estudio en el apartado 1.1.5 sobre la Tipología de los Acuerdos de Refinanciación, y a cuyo contenido me remito en aras de la mayor brevedad posible.

en caso de su posterior homologación<sup>791</sup>. Por tanto, no se pone obstáculo alguno a que el deudor incluya en el Acuerdo todo tipo de actos innecesarios para su ejecución, o actos fraudulentos (tendientes a asegurar parte de su patrimonio).

En la actualidad no existe un control prejudicial sobre el contenido del Acuerdo de Refinanciación. Sin este control no se puede insertar el requisito de la homologación judicial del Acuerdo, quedando indefensos los acreedores ante la oponibilidad de los pactos que en él se recogen.

Sin un control previo sobre el contenido del Acuerdo, no puede seguirse el modelo italiano de homologación. De hecho, no podríamos estar hablando de homologación si el Juez no estudia el contenido y mérito del Acuerdo de Refinanciación. Sería imposible determinar si es digno de protección jurídica<sup>792</sup>.

La solución<sup>793</sup> la encontramos en la anterior regulación de los Acuerdos de Refinanciación. En ésta se exigía el informe favorable de un experto independiente.

Con este requisito el Juez, en sede homologatoria, podrá examinar el contenido del Acuerdo a través del informe del experto independiente. No se ralentiza el proceso y se consigue un procedimiento de homologación pleno. De esta manera nos aseguramos que los Acuerdos de Refinanciación realmente típicos, sean dignos de la protección que la Ley Concursal les concede.

---

<sup>791</sup> Vid. CERVERA M. (2014), “**El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 35, en la que explica que el auditor de cuentas tan solo evaluará las mayorías necesarias para que el acuerdo de refinanciación sea típico, así como cuantificará los porcentajes del pasivo necesario para su homologación (51%), para la extensión de los pactos menos gravosos (60 o 65% dependiendo de si su extensión se aplica o no a los créditos con garantía real) y para la extensión de los pactos más gravosos (75 o 80% dependiendo si se extienden o no a los créditos dotados con garantía real); LEÓN F.J. (2014), “**La ineficacia de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 84, en este sentido, CERDÁ F.J. (2014), “**La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes**”, cit., pág. 64, en este sentido.

<sup>792</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), “**Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación**”, cit., pág. 343, en la que explica que el requisito del experto independiente es imprescindible en el régimen del Acuerdo de Refinanciación. Es el único que efectúa un control sobre el contenido del Acuerdo de Refinanciación. Añade que el experto independiente es el único garante del buen funcionamiento del Acuerdo de Refinanciación, en un sistema en que no existe un control judicial del Acuerdo; GUERRIERI G. (2012), “**Il controllo giudiziale sui piani attestati**”, cit., págs. 3 y 4, en este sentido, diciendo que el procedimiento de homologación del Acuerdo, precisa el informe del experto. De lo contrario quedaría vacío de contenido, no suponiendo un efectivo control judicial sobre el Acuerdo.

<sup>793</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), “**Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas**”, cit., pág.11, “*es necesario recuperar el procedimiento de designación del experto independiente, que en un art. 71 bis LC acertadamente se introdujo en la Ley Concursal, en virtud de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, y que en modo cuestionable desapareció en virtud del RDL 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptaban medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, pasando a regular el art. 71 bis, en su actual redacción, el régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación.*”

En el siguiente apartado estudiaremos la figura del experto, así como el control previo que efectúa sobre el Acuerdo de Refinanciación. Veremos que la función del experto resulta imprescindible para la prosperidad del Acuerdo.

## **3.2 Propuesta: El antiguo requisito del informe del experto independiente en Derecho Español.**

### **3.2.1 Concepto de experto independiente.**

La figura del **experto independiente** se encuentra regulada a lo largo de la Sección I, del Capítulo II del RRM, y el artículo 71 bis.4 LC.

En aras de la imparcialidad y de la corrección del informe, el deudor no podrá designar a un experto, ni proponer a ninguno, aunque ello no obsta para que, en uso de su autonomía de la voluntad, influya en el criterio del Registrador Mercantil proponiendo a varios posibles expertos que conociere.

La legislación no establece ningún tipo de condiciones necesarias para ser experto independiente, salvo la profesionalidad<sup>794</sup>.

Sin embargo, podemos afirmar que ha de ser una persona que acredite cualificación profesional suficiente para poder así estar inscrito en el listado del Registro Mercantil. Como si se tratase de un perito<sup>795</sup> que ha de emitir un informe respecto a unos extremos tasados.

Dentro de los que se hallen inscritos, el Registrador elige al más idóneo para analizar el Plan de Viabilidad que acompaña al Acuerdo de Refinanciación. Es decir, al

---

<sup>794</sup> Vid. ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), **“El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente”**, cit., pág. 223, en la que dice que el legislador no establece ningún tipo de profesional, ni tampoco su preferencia por ninguno. Sólo que tenga amplios conocimientos en la materia sobre la que va a informar.

<sup>795</sup> Vid. LARGO GIL R. (2013), **“El contenido del acuerdo (II). Los acuerdos de reestructuración empresarial”**, cit., pág. 189, *“Estimo que la función del experto en ambos casos es la de actuar como perito, es decir, ha de emitir un informe técnico y debe pronunciarse sobre la razonabilidad del contenido de la documentación y su suficiencia para cumplir con la función informadora de esta a favor de los socios, de los acreedores y de los representantes de los trabajadores”*; ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), **“El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente”**, cit., pág. 225, en este sentido, diciendo que el experto está encargado de enjuiciar determinados parámetros del Acuerdo de Refinanciación, como si fuere un perito; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del Acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 268, en este sentido.

que acredite tener más conocimientos en el sector comercial-mercantil de la actividad profesional del deudor<sup>796</sup>.

No tiene que tratarse de una persona física. Puede ser designada una Sociedad profesional que se dedique expresamente a este tipo de funciones<sup>797</sup>.

### 3.2.2 Designación del experto independiente.

Para que se proceda a la **designación de este experto independiente**, es necesario que el deudor o cualquier acreedor, previa a la declaración del concurso, presente una solicitud<sup>798</sup>. Tal solicitud se presentará ante el Registrador Mercantil donde radique el domicilio del deudor<sup>799</sup>, no siendo preciso que el deudor sea una entidad inscribible.

---

<sup>796</sup> Vid. ENCISO ALNOSO-MUÑUMER M. (2013), **“El Plan de Viabilidad en el ámbito de los Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 124, *“El experto independiente ha de emitir un informe de carácter técnico desde el punto de vista económico, que reclama la cualificación profesional adecuada para analizar los aspectos financieros y empresariales recogidos en el plan de viabilidad, y la capacidad de conectar las condiciones del plan con las especiales características del sector económico”*; LARGO GIL R. (2013), **“El contenido del acuerdo (II). Los acuerdos de reestructuración empresarial”**, cit., pág. 189, en este sentido.

<sup>797</sup> Vid. ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), **“El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente”**, cit., pág. 224, *“Esta misma fórmula puede utilizarse para los expertos independientes de los que nos estamos ocupando y pueden intervenir sociedades profesionales que agrupen diversas profesiones, y que habitualmente llevan a cabo también y de manera especializada funciones de auditoría”*

<sup>798</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO (2009), **“El expediente registral de designación del experto independiente que evalúa el plan de viabilidad de los acuerdos de refinanciación”**, consultado en mayo del año 2012 en la dirección online <http://www.arbo.org.es/wp-content/uploads/2009/04/EL%20EXPEDIENTE%20REGISTRAL%20DE%20DESIGNACION%20DEL%20EXPERTO%20INDEPENDIENTE.pdf>, apartado quinto, subapartado segundo, y tercero, en los que establece quién es el legitimado para instar esta solicitud, el contenido de la misma, y el momento óptimo para su presentación; VIÑUELAS SANZ M. (2013), **“Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación en la Ley 38/2011 (Intereses en juego y opciones de política legislativa)”**, cit., pág. 198, en la que, tras decir que el deudor será quien tenga que presentar la solicitud para la designación de un experto independiente, añade que éste tendrá que presentarse con cierta antelación, ya que, es la única manera en que el experto independiente pueda emitir su informe antes de que finalice el plazo establecido en el artículo 5 bis Ley Concursal. Igualmente añade que en el caso de tratarse de un Grupo de Sociedades, no será preciso que se designe a un experto por cada una, sino que bastará con un solo experto para todo el Grupo; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 339, en este sentido.

<sup>799</sup> Vid. VIÑUELAS SANZ M. (2013), **“Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación en la Ley 38/2011 (Intereses en juego y opciones de política legislativa)”**, cit., pág. 198, *“Su nombramiento corresponde al registrador del domicilio del deudor a fin de garantizar la imparcialidad e idoneidad del designado. El registrador goza de un amplio margen de libertad, aunque es previsible que la designación se concrete en la práctica en economistas o auditores, pues son profesionales más relacionados con la valoración de planes de viabilidad”*; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del Acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 267, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 334, en este sentido. Añade que el Registrador examinará su

Respecto al contenido<sup>800</sup> de la solicitud, consistirá en:

- Denominación e identificación registral del solicitante (en caso de que el deudor se encuentre inscrito), así como su domicilio.
- Toda la documentación necesaria para que el experto pueda pronunciarse, es decir: copia del acuerdo de refinanciación; la documentación acreditativa del cumplimiento de todos los requisitos establecidos en la Ley Concursal; la acreditación de los firmantes de alcanzar el mínimo del pasivo de tres quintas partes del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación adheridas al mismo; y un inventario de todos los bienes del deudor, así como su situación, avalúo, valor nominal y prima de emisión de las acciones (esta última información no es necesaria aunque sí es recomendable su aportación). Igualmente tendrá que acompañarse el Acuerdo de Refinanciación, o en caso de que no se hubiere alcanzado todavía, un proyecto de Acuerdo. En ambos casos será imprescindible adjuntar el Plan de Viabilidad del Acuerdo o del Proyecto de Acuerdo de Refinanciación.
- Una relación de los acreedores del deudor<sup>801</sup> y de las entidades, del grupo de sociedades, afectadas.
- La fecha de la solicitud.

Una vez presentada la solicitud, el Registrador designará a un experto independiente, debiendo antes pedir varios presupuestos, para así designar al experto, de entre los más idóneos, menos costoso. No obstante, el Registrador puede

---

competencia territorial antes de proceder a la designación del experto independiente; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), “**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**”, cit., pág. 103, en este sentido.

<sup>800</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO (2010), “**Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 38 y 39, quien describe cómo debe presentarse la solicitud de designación del experto independiente, exponiendo que la solicitud expresará: **1.** La denominación y los datos de identificación registral, en su caso, de solicitante, así como su domicilio. **2.** Los documentos necesarios para que el experto pueda pronunciarse [...]. **3.** La declaración de no haberse obtenido en los últimos tres meses otro informe de la misma naturaleza por experto designado por el Registrador Mercantil.

<sup>801</sup> La relación de acreedores se efectuará por orden alfabético, expresando la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada acreedor. Igualmente deberá contar con la cuantía y fecha de vencimiento de cada uno de los créditos, así como las garantías crediticias de que gozaren dichos créditos. Por último habrá de expresar el número de procedimiento y el órgano que conoce del mismo, en el caso en que alguno de estos acreedores haya iniciado el procedimiento de reclamación judicial de pago. Todo ello en virtud del artículo 6.2.4º LC a la que se remite el artículo 71 bis LC.

denegar la solicitud para designar un experto independiente, pudiendo fundar esta denegación en una serie de supuestos tasados<sup>802</sup>.

Se designará un solo experto, pues el artículo 71 bis.4 LC (y las anteriores redacciones legales recogidas en los art. 71 bis y 71.6 LC de los años 2012 y 2013 respectivamente) utiliza el término “experto”, en singular, lo que indica la necesidad de que sea uno exclusivamente. Sin embargo, la doctrina<sup>803</sup> precisa que pueden ser varios expertos, pero siempre en un único informe.

En lo referente a la idoneidad<sup>804</sup> no es necesario que tenga que tratarse de un auditor de cuentas, no habiendo ninguna regla de preferencia de éstos para su nombramiento. De hecho, el Registrador podrá designarlo discrecionalmente<sup>805</sup>, aunque siempre elegirá al más indicado.

Así pues, resulta lógico pensar que el Registrador tendrá que acudir a los Colegios Profesionales más próximos<sup>806</sup>, quienes ofrecerán un listado de personas que cumplan los parámetros dados por el Registrador de lo Mercantil.

---

<sup>802</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO (2010), “**Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 39, quien señala cada uno de estos supuestos en los que el Registrador Mercantil tendrá que denegar la iniciación del expediente registral preconcursal, siendo: **1.** cuando se hubiere solicitado ante el Registrador Mercantil territorialmente incompetente; **2.** fuere formulada por quien no pudiere ser declarado en concurso; **3.** no cumpliera con los requisitos formales de la solicitud; **4.** que hubiere sido declarado el concurso y por consiguiente la insolvencia judicialmente.

<sup>803</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), “**Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación**”, cit., pág. 333, “*la intervención del experto o en su caso expertos independientes cuando la complejidad del caso lo requiera debiendo, no obstante, en estos supuestos ser el informe único, responsabilizándose cada experto de la parte que haya redactado*”.

<sup>804</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO (2010), “**Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 40, quien expresa que “*Aquí se plantea el delicado problema de la idoneidad del experto a designar habida cuenta de que no existe en rigor una profesión directamente relacionada con la verificación de los planes de viabilidad. Desde luego, no tendrán por qué ser el experto un auditor; sin negar su especial cualificación para este tipo de trabajos. De serlo, nada impide que tenga una experiencia profesional inferior a cinco años de ejercicio [...] Se me antoja que lo más prudente es que el Registrador requiera de los Colegios Profesionales más próximos un listado de personas disponibles para cumplir esa delicada función.*”; FERNÁNDEZ DEL POZO (2009), “**El expediente registral de designación del experto independiente que evalúa el plan de viabilidad de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 10, en el mismo sentido.

<sup>805</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), “**Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación**”, cit., pág. 336, en la que explica que la designación se efectuará por el Registrador de lo Mercantil en base a su arbitrio. Esto se debe a que no existe una profesión que pueda tacharse de idónea para realizar este tipo de informes, o para examinar un Plan de Viabilidad. Así, el Registrador examinará los conocimientos de cada experto (reflejados en su curriculum o expediente) para nombrar al que considere más oportuno.

<sup>806</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO (2010), “**Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación**”, cit., pág. 40, en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), “**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**”, cit., pág. 103, en la que dice que el Registrado, antes de designar al experto, tendrá que consultar varios presupuestos, así como examinar los conocimientos de cada uno de ellos.

### 3.2.3 El informe del experto independiente.

El informe del experto cumple con una función informadora, mediadora e instructora<sup>807</sup>. Es el único encargado de evaluar el contenido del Acuerdo, y el resultado de dicho examen se recoge en el informe. Así, resulta necesario, bien para la información de los acreedores (de cara a su ratificación), bien para la instrucción<sup>808</sup> del Juez (en caso en que vaya a ser homologado).

Según parte de la doctrina, es la base para la irrevocabilidad<sup>809</sup>. Se debe a que es el experto independiente el único encargado de efectuar un control sobre el contenido del Acuerdo de Refinanciación.

El experto independiente emitirá un informe respecto al **contenido** del Acuerdo de Refinanciación. Este informe se pronunciará sobre los siguientes extremos<sup>810</sup>:

---

<sup>807</sup> Vid. ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), **“El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente”**, cit., pág. 225, *“El experto debe realizar una labor informadora acerca de estas cuestiones pero, puesto que es posible que el acuerdo entre deudor y acreedores no haya cristalizado todavía, también puede efectuar una función mediadora y asesora, siempre que no pierda su independencia. En este sentido puede ser que su informe influya en una reformulación del contenido del acuerdo”*;

<sup>808</sup> Vid. PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 55, en la que dice que el informe del experto intruye al Juez de lo Mercantil a la hora de examinar el Acuerdo de Refinanciación.

<sup>809</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 333, *“En efecto, el fundamento de dicha protección se sitúa, como se viene insistiendo, en la continuidad de la actividad en el corto y medio plazo perseguida por la refinanciación, a cuya verificación coadyuvaría la intervención del experto o en su caso expertos independientes cuando la complejidad del caso lo requiera debiendo, no obstante, en estos supuestos ser el informe único, responsabilizándose cada experto de la parte que haya redactado”*; ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), **“El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente”**, cit., pág. 229 y 231, en la que expone que el informe del experto independiente es lo que hace posible que los negocios jurídicos que conforman el Acuerdo no puedan ser rescindidos. Como ya se ha dicho, existen determinadas presunciones de perjuicio patrimonial a efectos de rescisión. Con el informe favorable del experto independiente, estos negocios jurídicos quedan apartados de estas presunciones, y protegidos de la implacable acción rescisoria.

<sup>810</sup> Vid. SÁNCHEZ-CALERO (2010), **“Refinanciación y reintegración concursal”**, cit., págs. 28 y 29, quien comenta cada uno de los extremos sobre los que debe pronunciarse el experto independiente designado por el Registrador Mercantil competente, en el informe favorable del acuerdo de refinanciación; VALPUESTA GASTAMINZA (2011), **“Los acuerdos de refinanciación en el proyecto de reforma de La Ley Concursal”**, cit., pág. 159, también se pronuncia sobre estos aspectos; PULGAR EZQUERRA J. (2012); **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 340 a 342, en este sentido; JACQUET YESTE T. (2013), **“Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio”**, cit., pág. 117, en el mismo sentido, haciendo un listado genérico de todos los pronunciamientos del experto independiente que evalúa el acuerdo de refinanciación; LARGO GIL R. (2013), **“El contenido del acuerdo (II). Los acuerdos de reestructuración empresarial”**, cit., pág. 189, en este sentido, hablando en general sobre el contenido del informe del experto independiente; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 55, en este sentido; VIÑUELAS SANZ M. (2013), **“Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación en la Ley 38/2011 (Intereses en juego y opciones de política legislativa)”**, cit., pág.198 en el mismo sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de**

- Sobre la suficiencia de información proporcionada por el deudor.<sup>811</sup> El experto independiente se convierte en un sujeto que depende de la información que le suministra el deudor. Nada obsta para que sea el propio experto quien la solicite<sup>812</sup>, ya que para realizar un correcto informe hemos de partir de que la información que el experto posee es verídica. En el caso en que la información suministrada por el deudor fuese errónea, todo el contenido del informe sería equívoco, pudiendo incluso presumirse que el Acuerdo de Refinanciación es atípico por no cumplir con este requisito<sup>813</sup>. Por ello, partimos de la transparencia recíproca entre el deudor, a la hora de ceder tal información, y el propio experto mientras realiza el informe.

---

Sevilla de 11 de diciembre 2012, núm. 727, como un ejemplo de informe favorable del experto independiente, en el que se recoge el contenido del mismo, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 22 de febrero 2013, núm. 53**, en el mismo sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid de 20 de febrero de 2013, número de autos 27/2013**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Jaén de 7 de febrero 2012, núm. 27**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 21 de mayo 2012, núm. 244**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 10 de abril 2013, núm. 191**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Laón de 21 de marzo 2012, núm. 29**, en este sentido.

<sup>811</sup> Vid. ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), “**El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente**”, cit., págs. 225 y 226, en las que explica el examen que realiza el experto independiente sobre la suficiencia de información. Dice que que el experto tiene el poder/deber de examinar la información suministrada por el deudor. Es una manifestación de la buena fe del deudor; MORALES I. (2013), “**Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del Acuerdo y otros efectos**”, cit., pág. 270, en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), “**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**”, cit., pág. 102, en este sentido, diciendo que esta exigencia proviene del artículo 4 de la Ley de Auditoría de Cuentas; PULGAR EZQUERRA J. (2012); “**Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación**”, cit., pág. 340, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 5 de junio 2012, núm. 153**, sobre esta exigencia diciendo que el informe del experto comenzará con una “*memoria del Plan empresarial elaborada por la sociedad deudora contiene información suficiente para entender los objetivos del mismo, las estrategias y las decisiones que se adoptan, para adoptar el Plan de viabilidad que debiera permitir hacer frente a las obligaciones de refinanciación.*”; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 22 de febrero 2013, núm. 53**, sobre la exigencia de que el experto independiente comience con la verificación y certificación de la suficiencia de información sobre el Acuerdo de Refinanciación; **Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de León de 31 de mayo 2012, número de autos 112/2012**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid de 23 de abril 2013, número de autos 651/2012**, en este sentido.

<sup>812</sup> Vid. ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), “**El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente**”, cit., pág. 226, “*Si el experto estima que la información no es suficiente, pese a requerir al deudor para que se la suministre, deberá informar desfavorablemente, con lo que no será preciso que continúe con los siguientes extremos.*”

<sup>813</sup> Vid. ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), “**El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente**”, cit., pág. 226, en la que expone que una vez declarada la insuficiencia de la información en el informe, “*lo comunicará al registrador mercantil, que lo hará constar en el expediente, el cual cerrará mediante la correspondiente diligencia*”.

- Sobre el carácter razonable y realizable<sup>814</sup> del Acuerdo de Refinanciación. Supone un juicio a priori por parte del experto independiente desde un punto de vista técnico. Exige no sólo la cualificación profesional adecuada para analizar los aspectos financieros y empresariales, sino también conocimientos sobre el sector económico en el que actúe el deudor.
- Sobre la proporcionalidad de las garantías internas del acuerdo de refinanciación conforme las circunstancias del mercado.<sup>815</sup> Implica un

<sup>814</sup> Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER M. (2013), “**El Plan de Viabilidad en el ámbito de los Acuerdos de Refinanciación**”, cit., págs. 125, en la que explica ampliamente que el experto independiente tendrá que realizar un juicio de veracidad, de previsión y de realizabilidad. Expone que “No se trata de un informe de auditoría, el experto debe revisar el plan de viabilidad para juzgar, en atención a la información contable de la empresa y a otra complementaria que se estime necesaria para llevar a cabo esta valoración, el carácter razonable y realizable del plan.[...] el experto debe exponer los motivos que le conducen a considerar el plan como razonable, a fin de permitir a los terceros controlar y valorar autónomamente los requisitos del mismo. Además de razonable el experto debe ponderar la realizabilidad del mismo porque un plan puede ser razonable desde la perspectiva de quien lo propone, al considerar justificadas las medidas, y sin embargo ser irrealizable en las condiciones de mercado en el momento en que se propone.” [...] “La realizabilidad del plan de viabilidad se juzga a la vista del contenido y de las condiciones del mismo. El experto ha de expresar su opinión sobre el carácter factible de los objetivos perseguidos con el acuerdo, esto es continuidad del deudor como empresa en funcionamiento por el periodo contemplado en el plan con los instrumentos allí dispuestos”; ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), “**El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente**”, cit., págs. 227 y 228, en este sentido. Supone un juicio sobre el contenido del informe del experto. En primer lugar sobre la lógica y coherencia interna del Acuerdo de Refinanciación. En segundo lugar, sobre la posibilidad de realizar el Acuerdo de Refinanciación. Por último añade que el experto deberá justificar la evaluación llevada a cabo; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), “**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**”, cit., pág. 103, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012); “**Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación**”, cit., pág. 341, en este sentido; MORALEJO I. (2013), “**Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del Acuerdo y otros efectos**”, cit., pág. 271, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid de 23 de abril 2013, número de autos 651/2012**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 5 de junio 2012, núm. 153**, en este sentido; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 22 de febrero 2013, núm. 53**, en este sentido.

<sup>815</sup> Vid. ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), “**El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente**”, cit., pág. 230, “El juicio del experto debe ser un juicio técnico acerca de la garantía que recibe esa obligación de pago y que se efectúa a valor de mercado y según las circunstancias del mercado. No se exige que se determine si es o no muy gravosa la exigencia de la garantía, sino que el criterio es el de la normalidad de ésta en función de las condiciones de tiempo y lugar. Basta con que se estime que en ese momento y en ese mercado del crédito no se podrían conseguir créditos sin garantías menos gravosas”; PULGAR EZQUERRA J. (2012); “**Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación**”, cit., pág. 342, en este sentido; MORALEJO I. (2013), “**Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del Acuerdo y otros efectos**”, cit., pág. 271, en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), “**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**”, cit., pág. 103, en este sentido, aunque lo dice de forma implícita, incluyéndolo en el juicio de viabilidad del Acuerdo de Refinanciación; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 5 de junio 2012, núm. 153**, “*Proporcionalidad de las garantías otorgadas, pues éstas superan las obligaciones asumidas en el Acuerdo de refinanciación y se encuentran dentro de un rango comparable de mercado, en la fecha del referido Acuerdo.*”; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 22 de febrero 2013, núm. 53**, en este sentido.

juicio de proporcionalidad por parte del experto independiente. En él deberá comparar las garantías incluidas en el Acuerdo de Refinanciación. Tendrá en cuenta la situación actual del sector del mercado en el que desarrolla su actividad el deudor. Esta valoración de las garantías deberá quedar reflejada en el momento de la firma del informe. Deberá recoger expresamente la fecha en que se emite, con la finalidad de evitar confusiones por alteración de las condiciones de mercado a posteriori.

Podemos apreciar que el informe del experto independiente será **contrastado con el Plan de Viabilidad**<sup>816</sup> que acompaña al Acuerdo de Refinanciación. De hecho,

---

<sup>816</sup> El **Plan de Viabilidad que acompaña al Acuerdo de Refinanciación**, como decíamos antes, es una especie de programa sobre el Acuerdo de Refinanciación. Incluye todas las medidas y negocios jurídicos contenidos en el Acuerdo, además de una explicación detallada de como se van a llevar a cabo tales actuaciones. Sirve para explicar el contenido del Acuerdo de Refinanciación y las repercusiones que su ejecución conllevará. Es requisito sine qua non para poder alcanzar un Acuerdo de Refinanciación, ya que así lo prevé el artículo 71.6 LC, cuando habla de que el Acuerdo de Refinanciación tendrá que responder a un Plan de Viabilidad que asegure la continuidad de la actividad empresarial en el corto y medio plazo. Tiene una labor esclarecedora, ya que sirve para facilitar la labor del experto independiente que realiza el informe sobre el Acuerdo de Refinanciación. No existe un contenido y forma preestablecido, sino que éste dependerá de cada una de las situaciones, de lo recogido en el Acuerdo y de la propia empresa. Como contenido normal y lógico del Plan de Viabilidad será el siguiente: **1.** Partir de la situación actual de la empresa y del flujo de caja que actualmente posee, así como el estado de sus deudas y la actual imposibilidad de hacer frente al pago de todas; **2.** Continuar con la posibilidad de solución por medio de la consecución de un Acuerdo de Refinanciación típico, expresando las entidades que participarán en él, así como su incidencia y actuación en el mismo; **3.** Deberá expresar las medidas que conllevarán a la ejecución del Acuerdo de Refinanciación, así como contemplar la superación de la sostenibilidad y de la normalidad económica y financiera; **4.** Fijar las necesidades de liquidez financiera, para el caso en que las haya, así como las entidades que se prestarán a tales efectos, exponiendo las condiciones de pago de dicha financiación, y el privilegio de fresh money que obtienen los nuevos financiadores; **5.** Un proyecto empresarial en el que se recogerá, de forma ordenada y coherente, las estrategias y medidas dedicadas a la superación de la crisis, culminando con una proyección de los ingresos que generará la empresa en ejecución de tal proyecto de actuación; **6.** Por último, una planificación de los medios necesarios para poder llevar a cabo este proyecto de actuación. Todo el Plan de Viabilidad debe estar redactado con total coherencia y orden, siguiendo una línea de redacción y de actuación, ya que será determinante para que el experto independiente llegue a comprender el Acuerdo de Refinanciación, y así su informe sea favorable. En último lugar, hemos de añadir que la autoría del Plan no viene especificada en la Ley. El legislador no se preocupa de quien redacte este Plan de Viabilidad, ya que será examinado posteriormente por un experto. Por ello, se tendrán que ver cada una de las circunstancias para determinar quien es la persona idónea para redactarlo correctamente. Se entiende que para el caso de un Acuerdo de Refinanciación simple, en una empresa pequeña, bastará que lo realice el propio empresario o cualquier tipo de economista. Sin embargo, en aquellas operaciones de refinanciación complicadas, se debe buscar a una persona de mayor cualificación profesional para que lo realice correctamente. Respecto al la publicidad del Plan de Viabilidad, no se establece ningún mecanismo que la asegure o la prevea. Sin embargo siempre gozará del siguiente régimen de publicidad: 1. La publicidad registral cuando el Plan es depositado en el Registro Mercantil; 2. Publicidad notarial cuando sea elevado a instrumento público junto al Acuerdo; 3. Publicidad judicial, para el caso en que sea posteriormente homologado el Acuerdo de Refinanciación. Información obtenida de las siguientes obras: ENCISO ALONSO-MUÑOZ M. (2013), “**El Plan de Viabilidad en el ámbito de los Acuerdos de Refinanciación**”, cit., págs. 111 a 123; ROJAS GRAELL S/BERTRAN CODINA S/AMAT O. (2010), “**Elaboración del PV**”, en El plan de Viabilidad: Guía práctica para su elaboración y

en gran medida valorará la corrección, veracidad y coherencia del propio Plan de Viabilidad.

El informe puede contener **tres tipos diferentes de resultados**:

- Si es favorable<sup>817</sup>, el Acuerdo de Refinanciación ha cumplido con tal requisito, por lo que nada obsta para su tipicidad.
- Si es desfavorable<sup>818</sup>, el Acuerdo de Refinanciación no será típico, por lo que tampoco se beneficiará del sistema de protección dispuesto en la Ley Concursal.
- Puede contener reservas<sup>819</sup>, en cuyo caso, el Acuerdo de Refinanciación será típico, debiendo informar a los acreedores firmantes sobre los

---

**negociación**, AAVV dirigida por ROJAS GRAELL J./BERTRAN CODINA S., Edit. Profit, Barcelona, pags. 55 a 104, sobre la elaboración de un Plan de Viabilidad; DOMENECH X./ROJAS GRAELL J. (2010), **“La revisión del PV por terceros”**, en **El plan de Viabilidad: Guía práctica para su elaboración y negociación**, AAVV dirigida por ROJAS GRAELL J./BERTRAN CODINA S., Edit. Profit, Barcelona, págs 147 y 148 en las que expone como el experto independiente examina el Plan de Viabilidad que acompaña al Acuerdo de Refinanciación; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 278, sobre la necesidad del Plan de Viabilidad; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 178 a 282, sobre el Plan de Viabilidad, el autor del mismo, su régimen de incompatibilidades y la publicidad; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), **“Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”**, cit., págs. 56 y 57; **Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sec. II de 26 de noviembre 2013, núm. 269**, en la que se explica la exigencia de que el Acuerdo venga acompañado de un Plan de Viabilidad que asegure la continuidad de la empresa en el corto y medio plazo. Igualmente considera que este Plan de Viabilidad estará a disposición de los acreedores en virtud del principio de transparencia de la información del deudor. Por último, recomendamos la lectura del pronunciamiento en el que se recoge el Plan de Viabilidad presentado, como un ejemplo o modelo de Plan, dada su corrección y completitud; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 22 de febrero 2013, núm. 53**, sobre la exigencia de un Plan de Viabilidad que acompaña al Acuerdo de Refinanciación, y que será evaluado por el experto independiente; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid de 20 de febrero 2013, número de autos 27/2013**, en el que se recoge que el informe tendrá que examinar el Plan de Viabilidad que acompaña al Acuerdo de Refinanciación para poder emitir un informe completo y correcto.

<sup>817</sup> Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER M. (2013), **“El Plan de Viabilidad en el ámbito de los Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 127, en este sentido; ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), **“El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente”**, cit., pág. 231, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012); **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 342, en este sentido.

<sup>818</sup> Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER M. (2013), **“El Plan de Viabilidad en el ámbito de los Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 127, en la que explica que si el informe es desfavorable, implica que no cumple con los requisitos legalmente establecidos, o bien que no puede justificarse ni garantizarse la viabilidad de la refinanciación, por lo que no puede gozar de las medidas de protección dispuestas, o lo que es lo mismo, no es típico; ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), **“El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente”**, cit., pág. 232, en este sentido.

<sup>819</sup> Vid. VIÑUELAS SANZ M. (2013), **“Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación en la Ley 38/2011 (Intereses en juego y opciones de política legislativa)**, cit., pág. 199, *“La aceptación por los firmantes de la desproporción o perjuicio no parece que conlleve, en sí, efectos jurídicos negativos para los acreedores. Éstos derivan exclusivamente de la evaluación que la Ley*

extremos en los que se hacen las reservas en cuestión. Ello no obsta para que el Acuerdo pueda ser aprobado, pues si los acreedores firmantes dan su consentimiento<sup>820</sup>, tras evaluar las reservas del experto independiente, el Acuerdo de Refinanciación se considerará típico.

La labor de este experto independiente es de gran relevancia<sup>821</sup>. Supone uno de los controles de la validez y virtualidad de un acuerdo típico de refinanciación. Es, junto con el Notario que lo eleva a escritura pública, el otro fedatario público que lo

---

*concurzal encomienda al experto independiente en su informe. En efecto, cuando el experto emite un informe positivo la remisión a la evaluación de los firmantes lejos de perjudicar a los acreedores afectados por las reservas, les abre la opción a una segunda evaluación, y a la posibilidad de que tras ella los firmantes decidan, a la luz del peso de las reservas expresaas, retirar mayoritariamente su suscripción al acuerdo. Pro el contrario, cuando el inform del experto fuera negativo, la remisión del informe a los firmantes en ningún caso tendrá efectos validadores del informey, por tanto, el acuerdo de refinanciación no prosperará. Es más, la obligación de someter estas reservas a la censura y control de los acreedores podría presionar, en general, a la adopción de pactos más favorables para el conjunto”;* ENCISO ALONSO-MUÑUMER M. (2013), **“El Plan de Viabilidad en el ámbito de los Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 127, en el mismo sentido; ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), **“El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente”**, cit., pág. 233, en este sentido; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del Acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 270, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012); **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 344, en este sentido; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos concursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 55, en este sentido.

<sup>820</sup> Vid. ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), **“El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente”**, cit., pág. 233, en la que añade que el consentimiento de los acreedores firmantes del Acuerdo, respecto a las reservas, será examinado por el Notario que eleve el Acuerdo a instrumento público; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos concursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 5, en este sentido; MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del Acuerdo y otros efectos”**, cit., pág. 270, en este sentido; PULGAR EZQUERRA J. (2012); **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 344, en este sentido.

<sup>821</sup> Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER M. (2013), **“El Plan de Viabilidad en el ámbito de los Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 124, *“El experto contrastará en su informe la concordancia del acuerdo con el plan de viabilidad que lo soporta, sobre cuya base puede sostenerse que la refinanciación de deuda en el momento en que se optó por ella pudo contribuir al mantenimiento de la actividad, no constituyendo una mera huida hacia adelante, lo que justifica que pueda beneficiarse del régimen de exención del ámbito de las rescisorias concursales”*; VIÑUELAS SANZ M. (2013), **“Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación en la Ley 38/2011 (Intereses en juego y opciones de política legislativa)”**, cit., pág. 188 en el mismo sentido, diciendo que se trata de un control de legalidad, viabilidad y veracidad sobre el que se basa la protección otorgada por el legislador al Acuerdo de Refinanciación.; PULGAR EZQUERRA (2012), **“Reforma concursal, satisfacción de acreedores y reestructuración de empresas en crisis”, El Notario del siglo XXI**, núm. 42; PULGAR EZQUERRA J. (2012); **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 343, en la que basa la protección del Acuerdo de Refinanciación en el informe favorable del experto, como un control sobre el contenido del Acuerdo; **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de 20 de febrero 2013, número de autos 27/2013**, en el que se recalca la importancia de la labor del experto independiente de cara a un control sobre los requisitos y contenido del Acuerdo de Refinanciación y Plan de Viabilidad. Sin embargo añade que este informe cumple además con una función informativa y de seguridad, pues le concede a los acreedores una visión estudiada sobre el Acuerdo de Refinanciación, pudiendo serles más fácil su ratificación o su rechazo.

evalúa y que estudia con ahínco su contenido<sup>822</sup>. Así, el dictamen que éste elabore será objetivo y correcto, por lo que en caso de ser favorable, presentará visos de prosperidad. En caso de no ser favorable, no podrá nacer el acuerdo de refinanciación típico.

Este **informe deberá ser emitido en el plazo que expresamente haya fijado el deudor**. En caso en que no hubiere fijado un plazo, se aplicará por defecto el plazo máximo de un mes<sup>823</sup> a contar desde la fecha de la aceptación del nombramiento, tal y como reconocía el artículo 71 bis LC en su apartado 5 (según la redacción por la Ley 14/2013). Se contaba con la posibilidad de prórroga de dicho plazo por causas excepcionales. En el supuesto en que el informe no se hubiere emitido en tiempo y forma, el encargo caduca, debiendo el Registrador Mercantil proceder a la nueva designación de un experto independiente. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en que el experto nombrado en primer lugar pudiere incurrir.

En el supuesto en que el experto independiente no cumpla debidamente con sus obligaciones<sup>824</sup>, puede incurrir en la siguiente responsabilidad<sup>825</sup>:

---

<sup>822</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA (2012), **“Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011”**, cit., pág. 71, quien al tratar los requisitos para la obtención del privilegio de fresh money, menciona la constancia de un informe favorable del experto independiente y de la formalización en instrumento público del acuerdo de refinanciación, a modo de control, exponiendo que *“En efecto, se reconoce un fresh money a las financiaciones que conforme a un plan de viabilidad permitan la continuidad de la actividad y ello no derive de apreciaciones inter partes en un marco exclusivamente negocial, sino de la intervención de un experto independiente nombrado por un registrados mercantil (control registral) que conforme al artículo 71.6.2 informe favorablemente, entre otros aspectos, sobre el carácter razonable y realizable del plano y, por tanto, sobre la referida continuidad de la actividad, ejerciendo el notario un ulterior control de legalidad formal dando fe de la concurrencia de dicho informe que se elevará a instrumento público junto al acuerdo mismo de refinanciación (control notarial)”*; PULGAR EZQUERRA J. (2012); **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 343, en este sentido, diciendo que es el único encargado de estudiar el contenido del Acuerdo de Refinanciación; ENCISO ALONSO-MUÑUMER M. (2013), **“El Plan de Viabilidad en el ámbito de los Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 124, en el mismo sentido, diciendo que efectúa un control a priori y que de hecho es el primer control que sufre el Acuerdo de Refinanciación.

<sup>823</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO (2010), **“Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 41, quien describe el procedimiento de designación del experto independiente, y ya en sus fines procedimentales, dice *“Tema delicado es el plazo para la emisión del informe. Si a la solicitud se acompañara el Plan de Viabilidad, no debiera haber ningún inconveniente para cumplir con el plazo reglamentario de un mes contado desde la aceptación del nombramiento a que se refiere el artículo 345.1 del Reglamento del Registro mercantil con la posibilidad de prórroga por causas excepcionales a que se refiere el mismo precepto. Si el informe no es emitido en plazo, caduca el encargo, procediéndose por el Registrador a un nuevo nombramiento y sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda haber incurrido el experto ex artículo 345.2 RRM.”*; PULGAR EZQUERRA J. (2014), **“Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores”**, cit., pág. 49, en este sentido.

<sup>824</sup> Vid. MIGNOT AZNAR (2010), **“Contenido y alcance del informe del experto independiente en las fusiones apalancadas del art. 35 LME”**, **Revista del Derecho de Sociedades**, núm. 35, pág. 219, quien expone que la labor del experto independiente, a la hora de evaluar una fusión con apalancamiento, consiste en la realización de un juicio técnico sobre la razonabilidad y realizabilidad de la operación, conforme a la información contable que le suministran los

- **Responsabilidad civil**<sup>826</sup> por los daños que el experto haya causado debido a su negligencia. Ello exige la acreditación previa del cumplimiento de los requisitos<sup>827</sup> del artículo 1902 Cc. Puede tratarse de una responsabilidad civil contractual o extracontractual, dependiendo de determinadas circunstancias<sup>828</sup>. La doctrina<sup>829</sup> ha precisado que a efectos

interesados en tal fusión. Igualmente prosigue que tendrá que emitir un juicio financiero sobre la posibilidad de cumplimiento efectivo de la fusión con apalancamiento, sin comprometer a terceras personas, y procurando la continuidad en el ejercicio de la actividad empresarial en un corto y medio plazo. El autor habla de fusiones con apalancamiento, sin embargo son varias las referencias que hace, a lo largo del artículo, a que el informe emitido en este tipo de situaciones guarda todo tipo de semejanzas con el informe que emite en la evaluación de un Acuerdo de Refinanciación. De esta redacción puede decirse que las obligaciones del experto independiente son las siguientes: **1.** Valorar la suficiencia de la información proporcionada, en los extremos en que se pronuncia el artículo 71.6 LC en su apartado 2º, pues en caso de no ser así, el experto no podrá nunca dar una valoración favorable; **2.** Informar sobre el Plan de Viabilidad que acompaña al acuerdo de refinanciación. Al tener un contenido económico, es recomendable que sea efectuado por un economista titulado y con cierta experiencia, debiendo actuar con la diligencia que su cargo le exige; **3.** Recoger la evaluación de las garantías que conlleva el acuerdo de refinanciación. Estas garantías serán evaluadas por quienes suscriben el acuerdo, siendo el experto quien deberá recabar tales opiniones, y proceder a valorar favorablemente el acuerdo de refinanciación, si así lo estima oportuno; **4.** Realizar el informe en un plazo máximo de un mes, contado a partir de la fecha de aceptación de su cargo, tal y como establece el artículo 345.2 RRM.

<sup>825</sup> Vid. PRICH VALENTÍ (2009), “**La actuación del experto independiente en la Disposición Adicional 4ª del RDL 3/2009**”, Guía de orientación para economistas, editada por el Consejo General de Colegios de Economistas de España, págs. 6 a 8, quien realiza una breve introducción sobre la responsabilidad del experto independiente, pudiendo ser civil o penal en función de su actuación, e incluso verse inmiscuido en responsabilidad dentro del concurso, de cara a los acreedores.

<sup>826</sup> Vid. GARCÍA GÓMEZ (2012), “**Supuestos de responsabilidad civil de los artículos 1903 a 1910 del Código Civil**”, Práctica de Derecho de Daños, revista especializada en responsabilidad civil y seguros, núm. 103, pág. 62, quien señala que la responsabilidad civil por hecho ajeno no es más que la obligación de reparar el daño causado a una persona, denominada agraviado, por otra persona, conocida como agresor, que es quien causa un daño; ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), “**El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente**”, cit., pág. 240, en la que precisa que se trata de un régimen de responsabilidad civil especial, la cual vendrá determinada por ciertas circunstancias, como pueden ser: que se trate de un auditor de cuentas, de una Sociedad Profesional, de una Sociedad de Auditoría o de una persona física.

<sup>827</sup> Vid. MARTÍNEZ NOVELLA (2002), “**La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios**”, Cuadernos de Derecho Local, núm. 0, pág. 80, quien enumera los requisitos para que se materialice la responsabilidad civil de las autoridades y funcionarios públicos, siendo los mismos que para cualquier sujeto: la culpa o el dolo; que el daño se derive de una acción u omisión; y que sólo pueda deberse a la actuación u omisión del agresor mediante un nexo causal; ESTEBAN VELASCO (2005), “**La acción de responsabilidad civil**”, en La responsabilidad de los administradores, AAVV coord. ROJO A./BELTRÁN E., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 171 a 174, quien detalla cada uno de los requisitos de la responsabilidad civil, explicando la definición y problemática de los mismos; DIEZ-PICAZO/PONCE DE LEÓN (2007), “**Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos**”, en La responsabilidad civil y su problemática actual, AAVV coord. MORENO MARTÍNEZ, Edit. Dykinson, Madrid, pág. 238, quienes caracterizan la responsabilidad civil como: **1.** Una acción que precisa el dolo o la culpa. **2.** El daño se puede materializar en una acción u omisión. **3.** El daño abarca su total restitución. **4.** No puede haber una obligación legal de soportar el daño.

<sup>828</sup> Vid. ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), “**El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente**”, cit., pág. 240, “*La configuración que efectúa el*

de la acción<sup>830</sup> para exigir responsabilidad al experto independiente se aplicará lo dispuesto en el 68 de la Ley de Sociedades de Capital y 34 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

- **Responsabilidad penal:** El experto independiente puede incurrir en conductas criminales, siempre y cuando se materialice el tipo punible o elementos objetivos del mismo. Así, los delitos que puede cometer el experto independiente en el ejercicio de sus funciones son: delito de cohecho<sup>831</sup> (artículos 419 y siguientes del Código Penal), el delito de

---

*precepto parece sostener que se refiere a una responsabilidad extracontractual. No obstante, y con base en la remisión al CC, en este texto legal encontramos, como es bien sabido, un régimen general para la responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss.) y extracontractual (art. 1902 CC). Además el párrafo 4 menciona expresamente la responsabilidad contractual a la hora de determinar el plazo de prescripción. Por tanto, dependerá de que se estime que existe incumplimiento del contrato entre el auditor y la sociedad o que la acción de responsabilidad civil se ejercite por aquellos que pueden ser considerados como terceros por carecer de vínculo alguno con el experto, para que se califique de responsabilidad contractual o extracontractual”.*

<sup>829</sup> Vid. SANCHO GARGALLO “**La refinanciación desde la perspectiva de las acciones rescisorias**”, cit., pág. 11, quien considera la responsabilidad del experto desde un punto de vista de la negligencia, en atención a su falta de diligencia, mencionando posteriormente que la normativa aplicable a este respecto serán los artículos 68.1 de la LSC y 34.4 de la LME, aplicables por analogía a la responsabilidad del experto en el acuerdo de refinanciación; ENCISO ALNSO-MUÑUMER M. (2013), “**El Plan de Viabilidad en el ámbito de los Acuerdos de Refinanciación**”, cit., pág. 129, “*el experto en su condición de profesional queda exonerado de toda responsabilidad si acredita que aplicó la diligencia debida y lo estándares de actuación propios de la tarea encomendada, por analogía a lo previsto en relación con el experto independiente en caso de fusión y escisión del art. 34.4 LME; el experto se defenderá demostrando que la certificación de la razonabilidad se había expedido utilizando instrumentos técnicos y estándares cualitativos de absoluta fiabilidad y de general aplicación en la praxis operativa*”; ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), “**El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente**”, cit., págs. 237 a 243, en este sentido.

<sup>830</sup> Vid. SANZ BAYÓN (2010), “**Comentario sobre la nueva Ley de Sociedades de Capital**”, *Icade. Revista de las Facultades de Derecho, Ciencias económicas y Empresariales*, núm. 81, págs. 289 a 293, quien explica todos los aspectos de reforma de la LSC, además de una mención sobre el artículo 68 LSC, diciendo que, en lo referente a los aspectos procesales de este tipo de acciones, el artículo 68 de la Ley de Sociedades de Capital, y el artículo 34 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles regulan los aspectos procesales de esta acción. Están legitimados para el ejercicio de esta acción los acreedores, los accionistas y también el propio deudor concursal. Los requisitos formales para la interposición de la acción serán los mismos que para cualquier demanda de responsabilidad civil. Será necesario delimitar los daños que expresamente haya provocado su actuación. Por último decir que el plazo de prescripción para el ejercicio de esta acción será de cuatro años, ya que así lo dispone el artículo 68.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>831</sup> El experto independiente podrá incurrir en un delito de cohecho siempre y cuando haya alterado el contenido el informe que acompaña al acuerdo de refinanciación, habiendo recibido por ello una dádiva o regalo. El bien jurídico protegido es el buen funcionamiento de la Administración Pública, ya que con este delito se evita que la actuación de los organismos públicos se vea supeditada a intereses privados. Los elementos objetivos del tipo son: **1.** Que un funcionario público haya aceptado o solicitado una dádiva o regalo; **2.** Que su actuación sea contraria a la Ley; **3.** Que la realice en el ejercicio de sus funciones; **4.** Que la dádiva o regalo sea para sí o para un tercero relacionado con él; **5.** Que la dádiva o regalo sea económicamente valorable y además revista cierta importancia. Es bien cierto que es un delito cometido por funcionarios públicos, sin embargo, el artículo 423 del Código Penal que dispone que este delito puede extenderse a

falsedad en documento mercantil<sup>832</sup> (artículos 390 y 392 del Código Penal) y el delito de abuso de la condición o negociaciones y actividades prohibidas de los funcionarios<sup>833</sup> (artículos 439 y 440 del Código Penal).

---

personas que no sean funcionarios, siempre y cuando su cargo sea semejante, como es el caso del experto independiente que es designado por el Registrador Mercantil. Sobre el delito de cohecho Vid. GONZÁLEZ PILLADO/IGLESIAS CANLE (2000), pág. 320; Vid. “**El cohecho**” (2005), **La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario**, Estudios Monográficos, Edit. La Ley, núm. 22, pág. 61 a 70; **STS Sala de lo Penal de 16 de mayo de 2002**, en resolución al recurso de casación 2501/2000; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA (2011), “**Del cohecho**”, en **Comentarios a la parte especial del Derecho Penal**, AAVV coord. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, 9ª Edición, Navarra, págs. 1752 y siguientes; CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (2004), “**Del cohecho**”, **Comentarios al Código Penal, Parte Especial, tomo II**, Edit. Marcial Pons, Barcelona, págs. 1994 y siguientes; ABEL LLUCH (2010), “**La responsabilidad penal, civil y disciplinaria del perito**”, **Diario La Ley**, en <http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAO29B2AcSZYli9tynt/SvVK1+B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee++999577733uju dTif33/8/XGZkAWz2zkrayZ4hgKrlHz9+fB8/lorZ7L0nb3bo2d3f3bv36S+8zOumqJaf7e3s7ux8urOHD4rz66fV9M31Kv/sPCub/P8BQl5n9DUAAAA=WKE> núm. 7430 de la Sección Tribuna consultado en el mes de julio de 2012 el cual trata el caso en que una persona que no sea funcionario pueda incurrir en un delito de cohecho, como es el caso del experto independiente.

<sup>832</sup> El experto independiente incurrirá en el delito de falsedad en documento mercantil cuando, introduzca elementos falsos en el informe que realiza, siempre y cuando el Acuerdo de Refinanciación sea considerado típico. En primer lugar, hemos de destacar que la modalidad delictiva será la falsedad cometida por un particular, ya que, a diferencia del delito de cohecho, no existe un artículo que asemeje su posición a la de un funcionario en sí, sino que se prevé por un lado para los particulares y por otro para los funcionarios. El bien jurídico protegido será la veracidad del documento mercantil, y por consiguiente la seguridad del tráfico jurídico-comercial. Los elementos objetivos del tipo son: **1.** Ha de tratarse de un documento mercantil; **2.** La introducción de elementos falsos en el documento, del tipo de que fuesen, siempre y cuando produzcan realmente a una confusión; **3.** Es necesario que concorra el elemento volitivo del dolo, ya que de lo contrario no estaríamos ante un caso de falsedad, sino un mero error en el documento; **4.** Por último, se precisa que el documento produzca los efectos que le son propios, que en este caso sería la tipicidad del acuerdo de refinanciación que analiza el experto por medio de su informe. Información obtenida de la lectura de las siguientes obras: GÓMEZ MARTÍN (2009) “**Falsedad documental y principio acusatorio**”, **revista online Legaltoday.com**, y consultado en julio 2012 en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/economico/falsedad-documental-y-principio-acusatorio>, VILLACAMPA ESTIARTE (1999), **La falsedad documental: Análisis Jurídico-Penal**, edit. Cedecs, Barcelona, pág. 503 y siguientes; QUINTERO OLIVARES (2011), “**De la falsedad**”, en **Comentarios a la parte especial del Derecho Penal**, AAVV coord. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, 9ª Edición, Navarra, págs. 1641 y siguientes.

<sup>833</sup> El experto independiente incurrirá en este tipo delictivo cuando asesorare al deudor concursalsobre como hacer el Acuerdo de Refinanciación viable, obteniendo por medio de esta actuación un beneficio económico. El bien jurídico protegido son los derechos de los ciudadanos, ya que la comisión de este delito, aún no provocando un mal funcionamiento de la Admnsitración, sitúa de manera privilegiada a determinados particulares y entes privados. Los elementos objetivos del tipo penal son los siguientes: **1.** El funcionario debe realizar una actividad de asesoramiento a favor de un particular sobre información que conozca a razón de su cargo; **2.** El funcionario tiene que actuar haciendo prevalecer los intereses particulares en detrimento de los de la Administración Pública; **3.** Tiene que ser incompatible con la función que realiza, debiendo venir esta incompatibilidad reflejada legalmente; **4.** No precisa la concurrencia de un elemento volitivo; **5.** No requiere que se produzca un daño a la Admnsitración Pública, ya que el mero hecho de actuar de forma incompatible, supone el perjuicio en sí. Como puede verse es un delito propio de funcionarios, sin embargo, el artículo 440 del Código Penal establece que

### 3.2.4 ¿Cómo asegurar la independencia del experto?

El experto **no puede encontrarse afectado por ninguna causa de incompatibilidad**<sup>834</sup> en el desempeño de su función (v. art. 341 RRM y artículo 71 bis apartado 4 LC), ya que en caso contrario estaríamos vulnerando el contenido y finalidad del propio Acuerdo de Refinanciación.

Por ello, en los artículos 341 y siguientes del RRM se prevé la inhibición voluntaria del experto cuando sea consciente de la presencia de alguna de las circunstancias previstas en la legislación. Deberá ponerlo en conocimiento del Registrador Mercantil que lo ha designado, lo antes posible.

La doctrina<sup>835</sup> considera que, para el caso en que el experto en cuestión no pusiere en conocimiento tal causa de incompatibilidad o inhabilidad, cabrá interponer una demanda de **recusación**<sup>836</sup> antes de que se emita el informe valorativo del Acuerdo de Refinanciación.

---

también podrán ser condenados por este delito los peritos designados judicialmente, ya que su condición es semejante a la del funcionario. Esto se debe, al igual que en el delito de cohecho, a la confianza depositada en el propio experto independiente como perito designado. Información obtenida de las siguientes obras: Vid. MUÑOZ CUESTA (2008), **“Inspector de Trabajo y Seguridad Social comete el delito de negociaciones prohibidas al asesorar a una empresa privada”**, **Repertorio de jurisprudencia Aranzadi**, núm. 19; CÓRDOBA RODA / GARCÍA ARÁN (2004), pág. 2103 y siguientes.

<sup>834</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO (2010), **“Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 51, quien comentando las incompatibilidades del experto independiente, señala que cuando el experto se encuentre incurso en causa de incompatibilidad, deberá excusarse ante el Registrador Mercantil, quien, procederá a designar a uno diferente lo antes posible. Sin embargo, en el caso en que el experto independiente no se excusare, se podrá instar demanda de recusación contra el experto independiente, por cualquiera de los interesados. Esta demanda de recusación se ejercitará ante el Registrador Mercantil que lo hubiere designado, según lo dispuesto en los artículos 341 y 342 RRM; FERNÁNDEZ DEL POZO (2009), **“El expediente registral de designación del experto independiente que evalúa el plan de viabilidad de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 10, en el mismo sentido.

<sup>835</sup> Vid. AZOFRA F. (2012), **“El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación”**, **Revista el Notario del siglo XXI**, núm. 25, quien al interpretar el artículo 342.2 del Reglamento del Registro Mercantil señala que *“En cuanto a la recusación del experto designado por el registrador, la referencia a los “interesados” del art. 342.1 RRM otorgaría desde luego legitimación al deudor y a los acreedores integrados en el acuerdo de refinanciación, pero también a los que no lo estén (por más que, al no haberse previsto un procedimiento de publicidad obligatoria en cuanto a la negociación del acuerdo de refinanciación y/o la designación del experto independiente, los acreedores no integrados en el acuerdo de refinanciación podrían no quedar enterados de dicha tramitación y, en consecuencia, no poder ejercitar en la práctica el derecho de recusación).”*

<sup>836</sup> Vid. TIRADO I. (2004), **“Recusación”**, cit., pág. 669, quien define la recusación desde un aspecto teleológico diciendo que es un mecanismo procesal, por el que una persona pone de manifiesto que concurren una serie de causas respecto a otra persona designada. Estas causas, una vez probadas, impedirán el ejercicio de las funciones para las que fue designado el demandado en la recusación, guardando así el principio de juicio justo.

La recusación se regula en el artículo 342 RRM. Se llevará a cabo como cualquiera otra, debiendo expresar la causa que inhabilita al experto para la realización del informe en cuestión.

No sólo se consideran interesados<sup>837</sup>, a efectos de interponer demanda de recusación, a los acreedores que hubieren suscrito el Acuerdo de Refinanciación, sino también todos aquellos que no lo hubieren suscrito, además del deudor. De un lado, los acreedores que lo han suscrito tienen puestos sus intereses en la prosperidad de dicho acuerdo. De otro lado, los acreedores que no lo hayan suscrito estarán a expensas de su aprobación, ya que de ello dependerá la apertura del concurso, o el régimen del mismo en el caso en que se declarase..

Respecto a los requisitos formales de la demanda de recusación del experto, la doctrina<sup>838</sup> considera que habrá que estarse a lo dispuesto en la legislación procesal civil<sup>839</sup>. Por tanto se formularía como una simple recusación, sin ninguna especialidad.

El escrito en el que se solicite la recusación del experto en cuestión, según el art. 125 LEC, debe contener<sup>840</sup>:

- Los datos relativos a la persona que lo solicita, así como su condición de interesado para interponer tal recusación.

---

<sup>837</sup> Vid. CANDELARIO MACÍAS/RODRÍGUEZ GRILLO (2004) **“La Administración Concursal”**, cit., pág. 167, quienes manifiestan que *“prevé la Ley que cualquier persona que esté legitimada para solicitar la declaración del concurso puede recusar a los administradores concursales”*; TIRADO I. (2004), **“Recusación”**, cit., pág. 674, quien al tratar la legitimación activa para la recusación de la Administración Concursal, indica que estarán legitimados para el ejercicio de la recusación todos aquellos legitimados para solicitar la declaración del concurso. Esta solución puede ser igualmente invocada para la recusación del experto independiente, ya que, al fin y al cabo es un sujeto que enjuiciará el contenido y razonabilidad del Acuerdo de Refinanciación, por lo que su actuación afectará a las personas que tengan cabida en el concurso, es decir, a los que estén legitimados para solicitar la declaración de concurso. Es por ello por lo que se puede aplicar la misma solución jurídica por medio de la analogía

<sup>838</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO (2009), **“El expediente registral de designación del experto independiente que evalúa el plan de viabilidad de los acuerdos de refinanciación”**, cit., apartado 5º, subapartado 4º, quien explica que *“Son causas de incompatibilidad para ser nombrado experto las establecidas para los peritos en la legislación procesal civil (art. 341.1 RRM y 343 LEC).”*

<sup>839</sup> Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ/MORENO CATENA (2010), **“El dictamen de peritos”**, cit., pág. 259, quienes indican que la recusación se presentará por escrito, especificando las causas de recusación concurrentes, se le dará traslado a la parte recusada, así como a la contraparte en el proceso principal para que se opongan. En el caso de no oponerse se le tendrá por recusado. Si se opone, se citará a los interesados a una comparecencia ante el Juzgado para que aleguen lo que estimen oportuno, pudiendo valerse de los medios de prueba que consideren pertinentes para acreditar sus alegatos. El Juez resolverá por medio de auto contra el que no cabe ulterior recurso; en el mismo sentido; MARTÍN PASTOR (2010) **“La prueba pericial”**, cit., pág. 406.

<sup>840</sup> Vid. LOREDO COLUNGA (2009), **“Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil”**, Revista para el Análisis del Derecho, núm. 3, pág. 38 a 41.

- Señalamiento de la causa en la que presuntamente incurre el experto independiente de manera argumentada.
- Señalar los medios de prueba que permitan acreditar, tanto la causa por la que se interpone la recusación, como la condición de interesado de quien la insta.
- Igualmente, dispone que deberán presentarse tantas copias como partes concurren en dicha recusación.

Esta recusación se interpondrá ante el Registrador Mercantil que hubiere designado al experto. El experto dispone de un plazo de cinco días para oponerse<sup>841</sup> a la recusación. En el caso en que no se opusiere, el Registrador Mercantil estimará la recusación, y procederá nuevamente a designar a otro experto independiente para que realice el informe.

Se prevé que contra la Resolución que emita el Registrador Mercantil resolviendo el incidente de recusación, cabrá interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. El plazo para recurrir será de quince días siguientes desde la fecha de notificación de la misma. Sin embargo, el Reglamento del Registro Mercantil guarda silencio respecto a un posible y eventual recurso contra la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En cuanto a las causas de recusación del experto independiente nos encontramos con una duplicidad en la norma:

- De un lado, el artículo 341 RM dispone que serán las dispuestas para los peritos según la Legislación Procesal Civil<sup>842</sup>. Las dispuestas en los artículos 124 y 343 LEC<sup>843</sup>, y el artículo 219 LOPJ.
- De otro lado, el artículo 71 bis LC, en su apartado 4 establece que *“EL nombramiento se hará entre profesionales que resulten idóneos para la*

<sup>841</sup> Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ/MORENO CATENA (2010), *“El dictamen de peritos”*, cit., pág. 259, quienes señalan que *“de la recusación se da traslado a la parte contraria y al recusado, quien, si acepta como cierta la causa de recusación, se le tendrá por recusado y por reemplazado por el suplente; si el recusado negara la certeza de la causa de recusación, se producirá una comparecencia...”*

<sup>842</sup> Vid. TIRADO I. (2004), *“Recusación”*, cit., pág. 672 y 673, quien enumera el elenco de causas para la recusación serán las dispuestas en la Legislación Procesal Civil. El autor las agrupa en dos grandes bloques: **1.** Causas de recusación de peritos designados, reconocidas en el artículo 124 LEC. **2.** Causas de recusación de Jueces y Magistrados, establecidas en el artículo 219 LOPJ.

<sup>843</sup> El **artículo 343 LEC**, dispone que serán causas de tacha de peritos: **“1.** Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes o de sus abogados o procuradores. **2.** Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante. **3.** Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores. **4.** Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus procuradores o abogados. **5.** Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional.”

*función. Dichos expertos quedarán sometidos a las condiciones del artículo 28 y a las causas de incompatibilidad establecidas para los auditores en la legislación de auditoría de cuentas”.*

Así, nos encontramos con **dos tipos de sistemas de incompatibilidades**, totalmente diferentes. Según nuestro parecer, no son excluyentes entre sí.

Bien es cierto que actualmente el experto independiente ha pasado a estar regulado por el artículo 71 bis LC. En base al principio de especialidad de la norma, debiera considerarse que el sistema de incompatibilidades del experto será el reflejado en la Ley Concursal (incompatibilidades para los auditores de cuentas<sup>844</sup>, además de la prohibición expresa para los que fueren auditores del deudor, o bien hubieren realizado el Plan de Viabilidad). Parte de la doctrina<sup>845</sup> considera que también serán de aplicación las establecidas para el Administrador Concursal.

Sin embargo, para el resto de cuestiones no tratadas en el artículo 71 bis LC, se tendrá que acudir a la regulación subsidiaria<sup>846</sup>, es decir lo dispuesto en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

La recusación del experto sólo se podrá tramitar ante el Registrador que lo ha designado. Por ello se verá regulada en el artículo 341 del citado Reglamento. Así, hablamos de una aplicación subsidiaria del mencionado artículo, tanto procesalmente, como de manera sustantiva.

El principio de especialidad de la norma, del artículo 71 bis LC, no es excluyente, sino que podría complementarse con otras normas, como ocurre con la recusación del experto.

Concluimos con dos vertientes del régimen de incompatibilidades del experto independiente: un sistema expreso regulado en el artículo 71 bis LC, y un sistema

---

<sup>844</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), “**Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores**”, cit., pág. 49, en la que dice que tras la reforma del año 2013 el experto independiente tendrá que someterse al sistema de incompatibilidades del auditor de cuentas.

<sup>845</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), “**Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores**”, cit., pág. 50, en la que dice que la remisión al artículo 28 de la Ley Concursal, no sólo se refiere a los requisitos para ser designado experto independiente, sino que también a su sistema de incompatibilidades, incapacidades y prohibiciones tipificadas en dicho artículo.

<sup>846</sup> Habida cuenta de que el artículo 71 bis LC se muestra incompleto en lo que refiere al régimen jurídico de la figura del experto independiente, hemos de acudir a los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil para completar dicha norma. Por tanto no podemos cerrarnos a la idea de un sistema de incompatibilidad tan reducido como es el de los auditores, sino que habrá de ser complementado por el las causas de recusación establecidas en la LEC, por remisión expresa del artículo 341 del Reglamento del Registro Mercantil. Así, hablamos de un sistema de incompatibilidades tácito, tal y como describíamos respecto al Administrador Concursal.

tácito reconocido en el artículo 341 del Reglamento de Registro Mercantil (tanto de cara a procedimiento, como para las causas a que se remite este artículo).

Al analizar el incidente de recusación, apreciamos que éste puede iniciarse a instancia de cualquier acreedor, si bien el plazo para la interposición de la recusación tendrá que materializarse antes de que el experto emita su informe. Ante esto nos cuestionamos **¿cómo puede iniciar un acreedor que no ha participado en el acuerdo de refinanciación la demanda de recusación, cuando desconoce el nombramiento del experto independiente?**

La doctrina<sup>847</sup> trata esta cuestión desde la perspectiva de la falta de publicidad registral del inicio del expediente de designación del experto independiente. Por ello, los acreedores que desconozcan la negociación del acuerdo de refinanciación, les será imposible interponer dentro de plazo la demanda de recusación del artículo 342 RRM.

No se dispone expresamente<sup>848</sup>, en el RRM, régimen alguno de publicidad de la iniciación del expediente de designación. El artículo 340 RRM, en su apartado 4º,

---

<sup>847</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO (2010), **“Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 39, quien al tratar la presentación de la solicitud de designación de experto independiente, señala que *“De cualquier modo, sólo superado el control de legalidad, presentada la instancia, proveerá el Registrador a la solicitud mediante la apertura del correspondiente expediente y tras las prácticas de los asientos que procede realizar en sus libros.”*; PULGAR EZQUERRA (2011), **“Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 34, quien al abordar el régimen de publicidad de los acuerdos de refinanciación manifiesta que, tanto los particulares como los generales gozan de cierta publicidad registral: *“En este sentido, si bien es cierto que no se prevé una publicidad específica particular para los acuerdos que se encuadren en el art. 71.6 LC, dicha publicidad se produce por la vía del nombramiento del experto independiente por el registrador mercantil ex art. 338 y ss RRM. El registrador, tras la presentación de la instancia, realizará el correspondiente asiento de presentación en el libro diario y abrirá expediente numerado (art. 339 RRM), lo que dota de publicidad registral al acuerdo”*; JACQUET YESTE T. (2013), **“Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio”**, cit., pág. 117, en la que trata una de las principales críticas a este requisito en el mismo sentido, diciendo que *“este informe debería estar dirigido principalmente al resto de acreedores del deudor, que no participan en el acuerdo, y que son los que habrán de soportar los costes que el acuerdo pueda suponer. Pero aun existiendo algún tipo de publicidad del informe del experto y de que los acreedores no participes llegarán a conocer el contenido del acuerdo y el informe sobre el mismo, no tendrían mecanismos para reaccionar frente a un posible acuerdo de refinanciación perjudicial para ellos, en los términos apuntados, e, impedir su conclusión. Y es que si el informe del experto contiene reservas o limitaciones de cualquier clase, éstas sólo obligan a que su importancia sea expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo, en ningún caso impide su conclusión”*; PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., págs. 312 y 313 en las que explica el régimen de publicidad del Acuerdo de Refinanciación típico particular. Expone que sólo gozará de publicidad registral, sin embargo esta no es suficiente ni tampoco efectiva.

<sup>848</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 312, en la que explica el sistema implícito de publicidad de la designación del experto que informa sobre el Acuerdo de Refinanciación. El artículo 77.1 in fine RRM dice que los registradores puede certificar no sólo sobre los asientos extendidos, sino también sobre los documentos archivados. Así, la diligencia que designa al experto independiente, regulada en el artículo 340 RRM, se

establece que la diligencia por la cual se procede al nombramiento del experto independiente se extenderá por triplicado, enviando una de las copias al solicitante, otra al experto y la tercera quedará archivada en el Registro. Al no comunicarse<sup>849</sup> copia de dicha diligencia al resto de acreedores, pudiera parecer conveniente que la Ley previese que se le diese publicidad registral a la copia que permanece dentro del Registro. De otro modo resultaría imposible ejercer el derecho de recusación a los acreedores que no participaron en el Acuerdo de Refinanciación.

Esta solución no resuelve el problema de los acreedores que no participaron en el Acuerdo de Refinanciación, pues desconocen la tramitación del expediente de designación de experto independiente. No se les puede exigir que vigilen las publicaciones del Registro Mercantil para conocer si se ha iniciado dicho expediente registral de designación de experto.

Para poder tratar de proteger los intereses de estos acreedores, hemos de acudir al artículo 5 bis LC, el cual en su apartado 3º señala que, una vez presentada la comunicación ante el Secretario Judicial, éste dejará constancia de que se está negociando un Acuerdo de Refinanciación.

No podíamos precisar que se entiende por “dejar constancia de una comunicación”<sup>850</sup>. A simple vista supone el hecho de anotar<sup>851</sup> la comunicación en el Juzgado.

Tras la reforma del artículo 5 bis LC, por el Real Decreto-ley 4/2014, se ha clarificado esta cuestión.

---

deberá archivar en el libro diario del Registro, quedando constancia del solicitante y del nombre del experto.

<sup>849</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcuralidad y Acuerdos de Refinanciación”**, cit., pág. 313, en la que critica el sistema de publicidad registral del Acuerdo de Refinanciación, al no haber un sistema que asegure que todos los interesados conocen de la realidad del Acuerdo, o de quien lo está evaluando.

<sup>850</sup> Vid. VALPUESTA GASTAMINZA (2011), **“Los acuerdos de refinanciación en el proyecto de reforma de La Ley Concursal”**, cit., pág. 163, quien se ocupa de la tramitación que recibe la comunicación efectuada de conformidad con el artículo 5bis LC; PULGAR EZQUERRA (2011), **“Preconcuralidad Y acuerdos de refinanciación”**, cit., pág. 29; PLANA PALUZIE (2012), **“La refinanciación de empresas en crisis en el derecho concursal: análisis de su regulación y principales aspectos prácticos”**, [Noticias Jurídicas.com](http://NoticiasJuridicas.com), consultado en el mes de junio de 2012.

<sup>851</sup> Vid. NIETO DELGADO C. (2011), **“Comunicación previa del art. 5.3 LC, nuevos institutos preconcursales y reglamento (CE) nº 1346/2000”**, cit., pág. 200, en la que explica que este sistema de comunicaciones no supone que el propio Juez de lo Mercantil conozca de la negociación del acuerdo de refinanciación. Por ello se muestra tam imperfecto el sistema de comunicación, pues no hay un traslado de la información ni tan siquiera dentro del propio Juzgado; PULGAR EZQUERRA J. (2009), **“Protección de las refinanciaciones frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDI 3/2009”**, cit., pág. 55, en este sentido, donde critica la falta de regulación de la comunicación ex art. 5.3 de la Ley Concursal.

Una vez recibida la comunicación, el Secretario Judicial emitirá una Resolución teniéndola por admitida. Asimismo, ordenará al Notario o al Registrador Mercantil la publicación de la Resolución en el Registro Público Concursal.

El legislador ha solucionado así el problema que planteaba el desconocimiento<sup>852</sup> del inicio de las negociaciones de un Acuerdo de Refinanciación. Ha acudido a un sistema de publicación concursal (establecido en el artículo 23 LC<sup>853</sup>) sólo que atenuado.

Será atenuado habida cuenta de que se requiere la publicación en el Registro Público Concursal<sup>854</sup>, prescindiendo de la publicación en el BOE, de los edictos en el

---

<sup>852</sup> Vid. BELTRÁN E. (2012), **“La reforma de la Ley Concursal”**, cit., pág. 665, criticando la falta de publicidad en los Acuerdos de Refinanciación, diciendo: *“Con todo, el principal problema de la regulación prevista es la ausencia de previsiones que aseguren la seriedad del acuerdo y que permitan, en consecuencia, hablar de un verdadero procedimiento concursal alternativo. Entre esas previsiones, que la reforma ignora, destacan la exigencia de una convocatoria de acreedores que deba ser aportada al juez desde el primer momento; [...] y una adecuada publicidad del acuerdo que garantice la defensa de los derechos de los acreedores que no firmen el acuerdo”*.

<sup>853</sup> Vid. COLINO MEDIAVILLA (2009), **“La publicidad del concurso en virtud del Real Decreto-Ley3/2009”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal**, núm. 11, pág. 128, quien señala que será obligatoria, por exigencia expresa de los artículos 23 y 24 LC, la publicación en el BOE, y en el Registro Público Concursal, del extracto de la Resolución Judicial:**1.** Cuando así lo prevea la Ley Concursal. **2.** Igualmente para las resoluciones dictadas en procedimientos concursales que declaren concursados culpables y acuerden la inhabilitación de los administradores concursales. **3.** Las demás resoluciones inscribibles en los Registros Públicos. Continúa diciendo que el contenido del extracto de la resolución objeto de publicidad serán los datos indispensables para la identificación del deudor y del procedimiento, como son: *“NIF, el Juzgado competente, el número de autos, el plazo establecido para la comunicación de créditos, el régimen de suspensión o intervención de facultades del concursado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal.”*; GALEOTE M. P. (2012), **“El sistema de publicidad de las resoluciones concursales”, Anuario de Derecho Concursal**, núm. 20, pág. 284 y ss, especifica cuáles son las resoluciones concursales objeto de publicidad según la Ley Concursal.

<sup>854</sup> Vid. GALEOTE M. P. (2012), **“El sistema de publicidad de las resoluciones concursales”**, cit., pág. 291, quien describe el Registro Público Concursal como un medio de difusión de carácter público, que, a través de Internet, recoge el extracto de cada una de las resoluciones objeto de publicidad con carácter fehaciente. Fue introducido por el Real Decreto-Ley 3/2009, que lo desarrolló por medio del Real Decreto 685/2005, para modificar el Reglamento del Registro Mercantil, y así poder adecuarlo a las exigencias y caracteres del Registro Público Concursal; COLINO MEDIAVILLA (2009), **“La publicidad del concurso en virtud del Real Decreto-Ley 3/2009”**, cit., pág. 125 a 128, se refiere a cada uno de los aspectos y caracteres del Registro Público Concursal. Parte de la base de que es un registro online en el que se recogen los extractos de las resoluciones concursales, por medio de documentos telemáticos, con la finalidad de dar publicidad fehaciente y gratuita de la situación de un Proceso Concursal, a través de Internet; En la **STS de 28 de marzo de 2007, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta** se recoge que *“por registro en sentido amplio debe entenderse cualquier sistema que permite tener conocimiento y constancia de forma ordenada, de cuantas cuestiones, aspectos o circunstancias son en él recogidas y es lo cierto que el portal de Internet, regulado en los arts. 2 a 8 del Real Decreto 685/2008 refuerza la publicidad registral y además permite un acceso, gratuito y permanente.”*

tablón de anuncios del Juzgado, publicación en los Registros Públicos y cualquier otro medio accesorio<sup>855</sup> de publicación.

Sin embargo, en la reforma por el Real Decreto-ley 4/2014, se ha introducido la posibilidad de evitar la publicación de la Resolución. Se prevé expresamente que *“Caso de solicitar expresamente el deudor el carácter reservado de la comunicación de las negociaciones, no se ordenará la publicación del extracto de la resolución.”*

De esta forma pueden verse truncados el derecho de los acreedores a recusar al experto independiente que ha emitido el informe sobre el contenido del Acuerdo de Refinanciación.

Por tanto, se precisa otro mecanismo por el que se pueda poner en entredicho la corrección e imparcialidad del informe en cuestión. Este mecanismo será el, tan repetido y propuesto, procedimiento de homologación del Acuerdo de Refinanciación.

### **3.2.5 Conclusiones en Derecho español sobre el experto independiente.**

Como hemos podido apreciar, no existe ningún tipo de control prejudicial sobre el contenido del Acuerdo de Refinanciación. Ello supondría dejar el procedimiento de homologación casi vacío de contenido. Se debe a que el Juez que homologa el Acuerdo no examinará la viabilidad y proporcionalidad del mismo (bien sea por no ser de su competencia, bien por no tener conocimientos suficientes).

Para evitar la dilatación del procedimiento de homologación, proponemos que la demanda venga acompañada del informe de un experto independiente. Así el Juez podrá evaluar el contenido, viabilidad, proporcionalidad y razonabilidad del Acuerdo.

Esta solución la encontramos en la evolución histórica de los Acuerdos de Refinanciación. Desde su introducción en 2009, hasta la última reforma en el año 2014 se ha exigido la presencia de un informe del experto independiente<sup>856</sup>.

---

<sup>855</sup> Vid. GALEOTE M. P. (2012), **“El sistema de publicidad de las resoluciones concursales”**, cit., pág. 283, quien señala que el Juez podrá acudir, indicándolo en el mismo auto de declaración de concurso o en resolución posterior, ya sea de oficio o a instancia del interesado, a cualquier tipo de publicidad complementaria, siempre y cuando especifique el medio de publicidad que desea utilizar, y cuando no sea excluyente para la publicidad obligatoria.

<sup>856</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA J. (2014), **“Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”**, cit., pág. 11, en este sentido, criticando que con la reforma por el Real-Decreto.ley 4/2014 de 7 de marzo, se haya eliminado el requisito del informe del experto independiente.

De hecho, siempre ha sido considerado el informe del experto independiente como la única garantía de la irrevocabilidad<sup>857</sup>. Sin él, no se podría pensar en la inatacabilidad de los pactos que integran el Acuerdo de Refinanciación.

Volviendo a esta exigencia podremos completar el juicio de homologación cuya obligatoriedad hemos propuesto y demostrado.

Nos encontramos con el problema de la recusación del experto independiente. Resultará inviable, cuando no imposible, recusar al experto independiente, en el caso en que el deudor solicite la no publicación de la comunicación ex art. 5 bis LC.

Sin embargo, partiendo de la obligatoriedad del procedimiento de homologación, los acreedores podrían poner en entredicho el informe del experto. Así se evitaría que un Acuerdo de Refinanciación mal informado por un experto independiente sea protegido.

Estas conclusiones las demostraremos en el siguiente apartado. Siguiendo el modelo italiano, comprobaremos que la inserción de un procedimiento de homologación como requisito, es beneficiosa. Veremos que el procedimiento de homologación precisa en todo momento el informe del experto, y viceversa (que para asegurar plenamente la independencia del experto se precisa el procedimiento de homologación).

### 3.3 El experto independiente y su recusación en el Derecho Italiano.

#### 3.3.1 El informe del experto independiente.

Para ello comenzamos diciendo que **la función del experto independiente (professionista indipendente)** es la evaluación de la viabilidad e idoneidad del Acuerdo de Refinanciación, junto con el plan de viabilidad que lo acompaña<sup>858</sup>.

---

<sup>857</sup> Vid. ZUBIRI DE SALINAS M. (2013), “**El contenido del acuerdo (III). La justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente**”, cit., pág. 231, en este sentido.

<sup>858</sup> Vid. FORTUNATO S. (2009), “**La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d’impresa**”, **Riv. Il Fallimento**, núm. 8, pág. 2 según la versión descargada de la base de datos <http://dottrina.ipsoa.it/>, en la que dice que “*il professionista deve attestare la ragionevolezza del piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell’impresa e ad assicurare el riequilibrio della sua situazione finanziaria*”; DI MARZIO F. (2011), “**Il diritto negoziale della crisi d’impresa**”, edit. Giuffrè, Milano, pág. 126, en el mismo sentido, y específicamente para los Acuerdos de Refinanciación; PROTO C. (2006), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit. pág. 135 en el mismo sentido; SAVIOLI (2010), “**L’attestazione del professionista delle procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa**”, **Riv. Il Fallimento**, núm. 3, pág. 1 según la versión descargada de la base de datos <http://dottrina.ipsoa.it/>, en el mismo sentido; FRASCAROLI SANTI (2009), “**Gli accordi di**

La evaluación será necesaria<sup>859</sup>, ya que de lo contrario se incumpliría uno de los requisitos del Acuerdo de Refinanciación. Además el Juez, en sede homologatoria, perdería el referente para evaluar la viabilidad e idoneidad del Acuerdo.

Respecto a la **naturaleza de este informe** sobre la viabilidad e idoneidad del Acuerdo de refinanciación, se distinguen dos posturas<sup>860</sup>:

---

**ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale**", cit., pág. 143, en el mismo sentido; MANDRIOLI L. (2009), "**La relazione del professionista nel piano di risanamento stragiudiziale attestato**", **Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare**, AAVV a cura di CAIAFA A. con la collaborazione di DE MATTEIS S./SCARAFONI S., Edit. UTET Giuridica, Torino, pág. 639, en la que define el el informe como un juicio del Acuerdo de Refinanciación, diciendo que "*l'attestazione è concetto alquanto simile alla certificazione, con la conseguenza che si potrebbe persino giungere a supporre che il compito a cui è chiamato il professionista consista non tanto nell'esprimere in forma organica e coerente il piano previsto dal debitore, quanto piuttosto nel condividere le scelte, dopo aver effettuato l'analisi di tutta la documentazione messa a disposizione dal debitore medesimo*"; VERA G. (2008), "**I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182 bis Legge Fallimentare)**", cit., pág. 580; GIORGETTI M. (2013), "**Accordi di Ristrutturazione**", cit., pág. 40, en este sentido; GALARDO M. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l'impresa**", cit., pág. 129, en este sentido.

<sup>859</sup> Vid. VALENSISE P. (2010), "**La Legge Fallimentare dopo la riforma**", cit., pág. 2275, "*Tale relazione ha evidentemente una rilevanza centrale nell'economia dell'istituto in resame, sia perchè la positiva valutazione del professionista è condizione necessaria per ottenere l'omologazione dell'accordo, e quindi i conseguenti effetti protettivi in caso di eventuale, successivo fallimento del imprenditore beneficiario (da ultimo, prevedibilità della nuova finanza compresa), sia per l'importante funzione informativa cui essa assolve*"; VALENSISE P. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**", cit., pág. 228, en el mismo sentido; ZORZI A. (2009), "**Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)**, **Riv. Giur. Comm.**, núm. 6, pág. 1, según la versión descargada de la base de datos <http://dejure.giuffre.it/psixsite/PaginePubbliche/default.aspx>, consultada en mayo de 2013 en el mismo sentido; GALLETI D. (2006), "**I piani di risanamento e di ristrutturazione**", **Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.**, núm. 4, págs. 4 y 6, según la versión descargada de la base de datos <http://dejure.giuffre.it/psixsite/PaginePubbliche/default.aspx>, consultada en mayo de 2013 en las que considera que la irrevocabilidad del Acuerdo de Refinanciación está supeditada a la evaluación del experto independiente; PACCHI S. (2013), "**La quinta etapa de la reforma concursal italiana**", cit., pág.386, en la que considera que una de las reformas de mayor relevancia traída por la Ley 134/2012 de reforma de la Legge Fallimentare, es la mayor implicación en la función del experto independiente. Esto se debe a que por medio de una mayor legislación sobre este extremo, se concede cierta seguridad al contenido del informe, y por ende al del acuerdo de refinanciación, lo que hace que sea suscrito por un mayor porcentaje del pasivo concursal, y fomentar así su conclusión; GUERRIERI G. (2012), "**Il controllo giudiziale sui piani attestati**", cit., págs. 3 y 4, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), "**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**", cit., pág. 31, en la que habla sobre la necesidad del informe del experto independiente, como medida de evitar tanto actos fraudulentos, como abusos de derecho por parte del deudor.

<sup>860</sup> Vid. ZOCCA L (2011), "**La relazione del professionista e sue responsabilità**", en **Trattato delle procedure concorsuali**, AAVV a cura di GHIA L/PICCININI C./SERERINI F., Vol. IV, Edit. UTET Giuridica, Torino, pág. 329, en la que expone estas dos posturas diciendo "*Controversa appare la natura della relazione e la sua collocazione nell'ambito del procedimento di concordato, risultando sostenibili due tesi contrapposte: 1. Quella secondo cui la relazione costituisca un presupposto di ammissibilità della domanda di concordato; 2. Quella secondo cui la relazione integri un elemento di validità (regolarità) della domanda, che nulla ha a che vedere con i presupposti di ammissibilità*". Continúa explicando cada una de las posturas mencionadas en el mismo sentido.

- El informe del experto independiente es un presupuesto para la admisión de la demanda de homologación del Acuerdo de Refinanciación: según esta postura, el vicio en el informe del experto independiente supone un mero defecto formal de la demanda de homologación y por tanto subsanable.
- El informe del experto independiente es un presupuesto de validez de la demanda de homologación del Acuerdo de Refinanciación: esta tesis considera que el defecto del informe, implica a la imposibilidad de homologación del Acuerdo de Refinanciación. El informe es un requisito “sine qua non” de la demanda de homologación. Por consiguiente no podrá ser sanado este defecto, sino que se desestimarán la homologación del Acuerdo de Refinanciación. Esta tesis es avalada<sup>861</sup>.

En lo referente a la **función del informe** del experto independiente, la doctrina<sup>862</sup> distingue dos funciones:

- Una función de seguridad jurídica frente a los acreedores y terceros interesados<sup>863</sup>: el Acuerdo de Refinanciación no puede revestir confianza

<sup>861</sup> Vid. ZOCCA L. (2011), “**La relazione del professionista e sue responsabilità**”, cit., pág. 329, “*Le giurisprudenze di merito sembrano orientate un questo secindo senso, sia per motivi sistematici sia per argomentazioni logiche. Sotto il primo profilo, deve evidenziarsi come la relazione del professionista sia prevista dalle norme inerenti la domanda di concordato (art. 161) e non da quelle concernenti i presupposti per l’ammissione alla procedura (art. 160); ne consegue che tale documento sia un elemento cui si condiziona semplicemente la validità formale della domanda e non già la sostanziale ammissibilità del ricorso alla procedura di concordato*”. De hecho, el propio autor se manifiesta conforme a esta postura, dando su conclusión final al respecto.

<sup>862</sup> Vid. FABIANI M. (2011), “**Diritto fallimentare: un profilo organico**”, cit., pág. 697, “*La relazione assume una duplice funzione: informativa nei confronti dei creditori, sia aderenti, sia estranei, sia di qualunque altro interessato (e ciò spiega perché è coerente che pur essa sia iscritta nel registro delle imprese); istruttoria nei confronti del tribunale in quanto tale organo fonderà il suo giudizio per omologare l’accordo, essenzialmente sulle argomentazioni e sulle conclusioni del professionista*”; SAVIOLI G. (2010), “**L’attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa**”, cit., pág. 6 en el mismo sentido; PALUCHOWSKI A. (2011), “**Art. 182 bis tra Diritto Processuale, contenuti sostanziali e controllo giudiziale**”, **Riv. Il Fallimento**, núm. 1, pág. 5 según la versión descargada de la base de datos <http://dottrina.ipsoa.it/>, en el mismo sentido; FRASCAROLI SANTI E. (2009), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 146; GUERRIERI G. (2012), “**Il controllo giudiziale sui piani attestati**”, cit., pág. 9, en este sentido, diciendo que el informe del experto no sólo cumple una función informadora, sino que además implica un control necesario para la protección del Acuerdo de Refinanciación.

<sup>863</sup> Vid. ZORZI A. (2009), “**il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)**”, cit., pág. 6, “*Se l’esenzione fosse concessa sulla sola base dell’idoneità e ragionevolezza del piano senza bisogno di una attestazione come atto formale, questa non sarebbe di particolare utilità per i creditori che, eventualmente, avessero aderito a un accordo parte del piano: essi, infatti, potrebbero valutare l’idoneità e la ragionevolezza del piano di risanamento in modo autonomo, eventualmente coadiuvati dai loro esperti*”; SAVIOLI G. (2010), “**L’attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa**”, cit., pág. 6 en el mismo sentido, añadiendo que implica un impulso a la refinanciación, diciendo que “*Nelle procedure di soluzione negoziale delle crisi di impresa il piano*

a los acreedores para que se adhieran a él, antes de su homologación. Con el informe del experto independiente se pretende mostrar a los acreedores la viabilidad del mismo, fomentando así que se adhieran al Acuerdo. Del mismo modo supone un plus de confianza para que cualquier tercero proceda a refinanciar al deudor empresario.

- Una función informadora o instructiva para el Tribunal que lo homologa<sup>864</sup>: el informe del experto será la base del control judicial para la homologación del Acuerdo de Refinanciación. De este modo el Tribunal puede comprobar el cumplimiento de los requisitos del Acuerdo de Refinanciación y su adecuación a lo dispuesto en la Legge Fallimentare (art. 182 bis Legg. Fall.).

Respecto al **contenido del informe del experto independiente**, consistirá en<sup>865</sup> la verificación de los datos de la empresa deudora, una evaluación de la viabilidad del

---

*industriale ha sostanzialmente le stesse funzioni, ma con una portata molto diversa. In tali contesti l'impresa non comunica infatti a potenziali investitori le prospettive del proprio business, ma a soggetti coinvolti, loro malgrado, nella crisi dell'impresa il percorso ed i sacrifici necessari al suo superamento";* MAFFEI ALBERTI A. (2013), "**Commentario breve alla Legge Fallimentare**", cit., pág. 1244, en este sentido; GALLETI D. (2006), "**I piani di risanamento e di ristrutturazione**", cit., pág. 6, en el mismo sentido; FORTUNATO S. (2009), "**La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa**", cit., pág. 3, en el mismo sentido; PACCHI S. (2013), "**La quinta etapa de la reforma concursal italiana**", cit., pág. 386, en el mismo sentido; AMBROSINI S. (2012), "**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**", cit., pág. 74, en este sentido.

<sup>864</sup> Vid. PALUCHOWSKI A (2011), "**Art. 182 bis tra Diritto Processuale, contenuti sostanziali e controllo giurisdizionale**", cit., pág. 5, "*ocorre esaminare la relazione di attestazione del professionista, sotto il profilo della analiticità dell'elaborato e della sua completezza, caratteristiche che debbono sussistere sempre e che si comprendono se si pone mente alla duplice funzione della relazione che [...] dall'altra di dare al Tribunale gli elementi di giudizio per l'omologa, visto che nell'accordo di ristrutturazione manca un comisario come nel concordato preventivo che svolga le indagini che, di regola, sono contenute nella relazione ex art. 172 l. falle d un parere definitivo per l'omologa ex art. 180.*"; LOCATELLI F. (2013), "**Novità in tema di azione revocatoria fallimentare per favorire la continuità aziendale**", en **Soluzioni negoziale della crisi d'impresa dopo il decreto sviluppo (L. 134/2012)**, AAVV dirigida por GIORGETTI M., con la colaboración de LOCATELLI F., Edit. CEDAM, pág. 98, en este sentido; SAVIOLI G. (2010), "**L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa**", cit., pág. 7, en el mismo sentido; GALLETI D. (2006), "**I piani di risanamento e di ristrutturazione**", cit., pág. 6, en el mismo sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), "**Commentario breve alla Legge Fallimentare**", cit., pág. 1244, en este sentido; GIORGETTI M. (2013), "**Accordi di Ristrutturazione**", cit., pág. 41, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**", cit., pág. 148, en este sentido.

<sup>865</sup> Vid. TRENTINI C. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit., pág. 242, "*Dunque, la norma del primo comma dell'art. 182-bis l. fall. Prevede che la relazione del professionista che accompagna l'accordo di ristrutturazione dei debiti e che deve essere depositata in tribunale, deve riguardare: a) la vericità dei dati; b) l'attuabilità dell'accordo; c) in particolare, sotto il profilo della sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei.*", continúa en su página 245 enumerando el contenido del acuerdo de refinanciación, diciendo que será: "*a) la vericità dei dati contabili; b) l'attuabilità del piano, e cioè la previsione, con carattere di elevata probabilità, che il piano si realizzi, con particolare riguardo al pagamento degli estranei; c) l'idoneità del piano, nel senso della sua capacità, una volta realizzato, a rimuovere lo stato di crisi; d) la*

Acuerdo de Refinanciación y un juicio sobre la idoneidad del Acuerdo de Refinanciación para asegurar el pago íntegro a los acreedores.

No se trata de una mera certificación<sup>866</sup> de tales extremos, sino que el experto tendrá que efectuar un completo juicio sobre el Acuerdo de Refinanciación. Esta evaluación culminará con un dictamen motivado, sobre el Acuerdo de Refinanciación y las posibilidades que tiene para eliminar el estado de crisis del empresario, en los términos del artículo 182 bis Legg. Fall.

La Legge Fallimentare, en su artículo 182 bis primer párrafo<sup>867</sup>, hace especial hincapié en el pago a los acreedores no adheridos. Concretamente establece que el

---

*ricorrenza dei presupposti e delle condizion percritte dalla legge per l'omologazione (raddiungimento della percentuale di adesioni; qualità d'imprenditore; stato di crisi; etc.);*; AMBROSINI S. (2010), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti"**, cit., pág. 1147, en el mismo sentido, aunque no contempla coo contenido expreso legal, la verificación de los datos de la empresa, lo cual se explica dado que este pronunciamiento fue incluido en la Legge Fallimentare tras la reforma legal del año 2012; FAZZI L. (2011), **"Questioni un tema di ristrutturazione dei debiti"**, *Riv. Il Deretti Fallimentare*, núm. 3-4, págs. 4 y 5, según la versión descargada de la base de datos <http://dottrina.ipsoa.it/>, en el mismo sentido, explicando en general la actuación del experto independiente, aunque faltando también la referencia obligatoria a la verificación de los datos de la empresa, por ser el artículo anterior a la reforma del año 2012; VALENSISE P. (2012), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare"**, cit., pág. 228 en el mismo sentido; CINCOTTI C/NIEDDU ARRICA F. (2013), **"La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo"**, cit., pág. 6, en el mismo sentido; **Corte appello di Roma di 15 agosto 2012**; LOCATELLI F. (2013), **"Novità in tema di azione revocatoria fallimentare per favorire la continuità aziendale"**, cit., pág. 95, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **"Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134"**, cit., pág. 125, en este sentido; **Tribunale di Milano, Sez. II di 27 di marzo 2010**, en el mismo sentido, explicando el contenido del informe del experto independiente; **Tribunale di Milano, Sez. II di 11 febbraio 2010**, en el mismo sentido;

<sup>866</sup> Vid. FORTUNATO S. (2009), **"La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa"**, cit., pág. 3, *"in altre parole, come nella attività di revisione contabile, siamo di fronte non già ad un vero e proprio atto di certificazione destinato a fare pubblica fede di quanto in esso attestato sino a querela di falso, ma più correttamente ad un giudizio professionale che, proprio per questo e per la funzione informativa e performativa dell'altrui consenso e comunque dell'altrui stato soggettivo do convinzione che è destinato ad assolvere, non può che essere articolatamente argomentato"*; FAZZI L. (2011), **"Questioni in tema di ristrutturazione dei debiti"**, cit., pág. 4, en la que, mencionando la actuación general del experto independiente, comienza diciendo que *"La relazione deve avere ad oggetto una dettagliata analisi sulle concrete prospettive di attuabilità del piano predisposto"*, dando a entender que no es una simple certificación, sino una completa evaluación o juicio sobre el Acuerdo de Refinanciación; TRENTINI C. (2012), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti"**, cit., pág. 240 en el mismo sentido; DI MARZIO F. (2011), **"Il diritto negoziale della crisi d'impresa"**, cit., pág. 127, en el mismo sentido, y apuntando que esta exigencia responde a un contenido lógico del informe, ya que para poder expresarse sobre la idoneidad del Acuerdo de Refinanciación, tendrá que verificar los datos de la empresa, y hacer un juicio de viabilidad del Acuerdo.

<sup>867</sup> El artículo 182 bis I Legg. Fall., dispone que *"con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini: a) entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione"*; TRENTINI C. (2012), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti"**, cit., pág. 242, comentando el precepto en el mismo sentido; FORTUNATO S. (2009), **"La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa"**, cit., pág. 3, en el mismo sentido, y

experto independiente tendrá que pronunciarse sobre la idoneidad del Acuerdo de Refinanciación para asegurar el pago de los acreedores no adheridos al mismo: a) dentro de los 120 días desde la fecha de homologación, para el caso en que se traten de créditos vencidos con anterioridad (a la fecha de homologación); b) en los 120 días siguientes a la fecha de vencimiento de los créditos (cuando no se hallen vencidos con a la fecha de homologación del Acuerdo).

El primer aspecto que tiene que tratar el experto independiente será la veracidad de los datos de la empresa deudora.

Antes del año 2012, no se precisaba esta cuestión en la Legge Fallimentare. Sin embargo, la doctrina<sup>868</sup>, consideraba que era necesario que el experto independiente

---

haciendo especial mención al pago íntegro y regular de los acreedores; SAVIOLI G. (2010), **“L’attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 2, en el mismo sentido; DI MARZIO F. (2011), **“Il diritto negoziale della crisi d’impresa”**, cit., pag. 129; FABIANI M. (2011), **“Diritto fallimentare: un profilo organico”**, cit., pág. 697, en el mismo sentido; PACCHI S. (2013), **“La quinta etapa de la reforma concursal italiana”**, cit., pág. 388 en este sentido.

<sup>868</sup> Vid. FABIANI M. (2011), **“Diritto Fallimentare: un profilo organico”**, cit., pag. 698, *“l’art. 182 bis non impone espressamente che il professionista si pronunci attestando la vericità dei dati aziendali. Ciò nondimeno se la valutazione sull’attuabilità deve essere seria, la verifica di attendibilità dei dati dell’impresa appare un presupposto necessario; il professionista non attesta che sono veri, ma sulla loro attendibilità fonda la relazione, talchè sarebbe inutilizzabile una relazione che non predesse posizione sui dati aziendali”*; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1245, en este sentido; PALUCHOWSKI A. (2011), **“Art. 182 bis tra diritto processuale, contenuti sostanziali e controllo giurisdizionale”**, cit., pág. 5, en el mismo sentido; CRESCENZO U./PANZANI L. (2005), **“Il nuovo diritto fallimentare”**, Edit. IPSOA, Milano, pág. 71, en la que se pronuncia sobre la necesidad del juicio de veracidad de los datos de la empresa para poder emitir un juicio lógico sobre el Acuerdo de Refinanciación; PROTO C. (2006), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 136 y 137 en este sentido; SAVIOLI G. (2010), **“L’attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 2, en el mismo sentido, y añadiendo que en caso de no efectuar tal verificación, el juicio que emita no podrá ser fiable, ya que precisa partir de una situación patrimonial correcta y veraz; ZORZI A. (2009), **“Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)”**, cit., pág. 4, en el mismo sentido; FRASCAROLI SANTI E. (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 145, aludiendo la semejanza entre el Acuerdo de Refinanciación y el concordato preventivo. Concluye diciendo que el experto independiente examina los datos de la empresa en el concordato preventivo, por lo que también lo tendrá que realizar en el Acuerdo de Refinanciación; MANDRIOLI L. (2009), **“La relazione del professionista nel piano di risanamento stragiudiziale attestato”**, cit., págs. 639 y 640; LO CASCIO G. (2010), **“Il piano attestato di risanamento”, La crisi d’impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare**, AAVV a cura di DI MARZIO F., Edit. CEDAM, Pádova, pág. 276, en el mismo sentido; VERNA G. (2008), **“I nuovi accordi di ristrutturazione”**, cit., págs. 580 y 581, en el mismo sentido; TRENTINI C. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 241, en el mismo sentido, diciendo que la verificación de los datos de la empresa, ha sido incluido en el artículo 182 bis Legg. Fall. Tras la reforma efectuada en el año 2012. Comparte la tesis de la similitud con el concordato preventivo, mencionada por Frascaroli Santi, en su página 246; MEO G. (2011), **“I piani attestati di risanamento”, Trattato delle procedure concorsuali**, AAVV a cura di GHIA L./PICCININNI C./SEVERINI F., Vol IV, Edit. UTET Giuridica, Torino, págs. 656 y 657 en el mismo sentido, añadiendo que en caso de no verificarse los datos de la empresa, se podría dar lugar a responsabilidad civil por parte del experto; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n.**

comprobase los datos de la empresa a fin de poder emitir un correcto juicio sobre la viabilidad e idoneidad del Acuerdo de Refinanciación.

Así, la reforma del año 2012 incluyó la obligación de verificación de los datos de la empresa deudora.

Por verificación de los datos de la empresa, la doctrina<sup>869</sup> entiende como la comprobación de que la documentación de la empresa carece de errores, guardando fidelidad con la realidad patrimonial.

No se trata de una simple certificación de la autenticidad de los datos<sup>870</sup>, sino que tendrá que efectuar un juicio de los mismos.

---

134", cit., pág. 83, en este sentido, didiciendo que la verificación de los datos de la empresa iba implícita en la realización del informe; NARDECCHIA G. B. (2010), "**Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e proceso per fallimento**", *Riv. Il fallimento*, núm. 2, pág. 4 según la versión descargada de la base de datos <http://dottrina.ipsoa.it/>, en la que se pronuncia en el mismo sentido, reclamando la verificación de los datos; **Tribunale di Milano, Sez. II di 25 di marzo 2010**, sobre la necesidad de que el experto verifique los datos del deudor, ya que resulta necesario para el correcto juicio de viabilidad del Acuerdo de Refinanciación; **Tribunale di Milano, Sez. II di 11 febbraio 2010**, en el mismo sentido; **Tribunale di Milano, Sez. II di 15 di ottobre 2009**, en el mismo sentido; **Cassazione, Sez. Unita di 23 di gennaio 2013, num. 1521**, apuntando la necesidad de que el experto independiente verifique los datos de la empresa deudora.

<sup>869</sup> Vid. LO CASCIO G. (2010), "**Il piano attestato di risanamento**", cit., pág. 277, "*Il concetto di veridicità dei dati aziendali, ben lunghi dal tradursi in una ragionevole effettività dei dati aziendale o in un convincimento che i documenti nel loro complesso siano esenti da significativi errori, deve consistere in una rappresentazione di dati reali. Pertanto, è necessario che il professionista accerti la corrispondenza dei singoli elementi contabili ed extracontabili inerenti all'azienda e più in generale di tutti quei dati indispensabili alla predisposizione del piano con la reale situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società interessata, mediante raffronto con le indicazioni risultanti dalla contabilità aziendale ed eventualmente integrati dalla stessa società che ha richiesto l'attestazione*"; LOCATELLI F. (2013), "**Novità in tema di azione revocatoria fallimentare per favorire la continuità aziendale**", cit., pág. 95, en este sentido; ZOCCA L. (2011), "**la relazione del professionista e sue responsabilità**", cit., pág. 332, en el mismo sentido, precisando que el experto se limitará al conocimiento de los datos de la empresa, hasta alcanzar un convencimiento de la situación patrimonial de la misma; GIORGETTI M. (2013), "**Accordi di Ristrutturazione**", cit., pág. 42, en este sentido; MANDRIOLI L. (2009), "**La relazione del professionista nel piano di risanamento stragiudiziale attestato**", cit., pág. 651, en el mismo sentido; GALARDO M. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l'impresa**", cit., págs. 133 y 134, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), "**Commentario breve alla Legge Fallimentare**", cit., pág. 1246, en este sentido.

<sup>870</sup> Vid. ZOCCA L. (2011), "**La relazione del professionista e sue responsabilità**", cit., pág. 332, "*la relazione del professionista non può limitarse ad attestare genericamente la vericità dei dati aziendali o a prendere in considerazione dati meramente formali, ma deve contenere la motivazione sostanziale ed oggettiva dell'attestazione di vericità ed avere riguardo ai dati contabili ed extra-contabili del debitore necessari per la successiva formulazione di un giudizio serio ed approfondito sulla fattibilità del piano*"; FORTUNATO S. (2009), "**La responsabilità civile del professionista dei piani di sistemazione delle crisi d'impresa**", cit., pág. 4, en la que establece el deber del experto independiente de verificar los datos de la empresa realizando un "*attento esame*" sobre la situación económica, financiera y patrimonial de la empresa; LOCATELLI F. (2013), "**Novità in tema di azione revocatoria fallimentare per favorire la continuità aziendale**", cit., pág. 95, en este sentido.

El experto, previa a la verificación, tendrá que delimitar los datos de la empresa que va a constatar<sup>871</sup>. En todo caso, el experto tendrá que justificar<sup>872</sup> la elección de los datos que haya considerado significativos<sup>873</sup>.

No cabe duda de que tendrá que verificar<sup>874</sup>:

- La situación contable del deudor<sup>875</sup> (actualizada a la fecha en la que se realiza el Acuerdo): supone una revisión laxa de la situación patrimonial

---

<sup>871</sup> Vid. LO CASCIO G. (2010), *“Il piano attestato di risanamento”*, cit., pág. 278, *“Così, nell’impossibilità di procedere ad una verifica di tutti i dati aziendali in un tempo ragionevole ed in presenza di imprese di particolare rilevanza, il professionista dovrebbe rivolgere maggiore attenzione agli elementi di peculiare importanza”*; ZOCCA L. (2011), *“La relazione del professionista e sue responsabilità”*, cit., pág. 337, en el mismo sentido; SAVIOLI G. (2010), *“L’attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa”*, cit., pág. 3, en el mismo sentido; MANDRIOLI L. (2009), *“La relazione del professionista nel piano di risanamento stragiudiziale attestato”*, cit., pág. 651, apuntando que de todos los datos de la empresa, el experto tendrá que examinar sólo aquellos que realmente conciernen al Acuerdo de Refinanciación; AMBROSINI S. (2012), *“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”*, cit., pág. 125, en este sentido; *Tribunale di Milano, Sez. II di 25 di marzo 2010*, en la que se dice que el informe deberá contener los medios empleados, y criterios, para la realización del estudio.

<sup>872</sup> Vid. LO CASCIO G. (2010), *“Il piano attestato di risanamento”*, cit., pág. 277, en la que establece que efectivamente tendrá que explicar como ha realizado la verificación de los datos de la empresa, paso por paso.

<sup>873</sup> Vid. ZOCCA L. (2011), *“La relazione del professionista e sue responsabilità”*, cit., pág. 338, estableciendo el criterio de importancia del dato, diciendo *“Una informazione è significativa se la sua mancanza o la sua imprecisa rappresentazione potrebbe influenzare le decisioni economiche degli utilizzatori da prendere sulla base del bilancio. La significatività dipende dalla dimensione e dalla natura della voce in esame da valutare nelle particolari circostanze della sua omissione o imprecisión. Pre decidere se una voce o un insieme di voci è significativo, bisogna valutare insieme la natura e il valore della voce”*. Continúa diciendo que el experto tendrá que elegir los datos a examinar por medio de un criterio cualitativo, acorde con el objeto y finalidad del Acuerdo de Refinanciación; SAVIOLI G. (2010), *“L’attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa”*, cit., pág. 3, en la que menciona expresamente los datos de la empresa más significativos de la empresa, cuando el experto tiene que evaluar un Acuerdo de Refinanciación.

<sup>874</sup> Vid. VERNA G. (2008), *“I nuovi accordi di ristrutturazione”*, cit., pág. 581, *“la relazione de professionista deve vertere su [...] vericità dei dati contenuti nell’aggiornata situazione patrimoniale, economica e finanziaria, con esplicitazione dei controlli eseguiti e l’attestazione concernente l’attendibilità e la correttezza dei dati contabili, ma anche la concordanza con i corrispondenti dati della relazione illustrativa predisposta dal debitore”*; ZOCCA L. (2011), *“La relazione del professionista e sue responsabilità”*, cit., pág. 333, no divide en dos grupos los datos que debe examinar el experto, pero menciona los que obligatoriamente tienen que ser examinados, encuadrándose éstos entre los datos contables de la empresa, y la documentación aportada (ex art. 161 Legg. Fall.); FORTUNATO S. (2009), *“La responsabilità civile del professionista dei piani di sistemazione delle crisi d’impresa”*, cit., pág. 4, en la que dice expresamente que el experto independiente tendrá que verificar los datos financieros, económicos y patrimoniales del deudor (contables), así como la documentación que debe acompañar al Acuerdo de Refinanciación; MAFFEI ALBERTI A. (2013), *“Commentario breve alla Legge Fallimentare”*, cit., pág. 1246, en este sentido.

<sup>875</sup> Vid. TRENTINI C. (2012), *“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”*, cit., pág. 248, *“l’attestatore ha l’obbligo di compiere una duplice verifica, la prima di forma e la seconda di sostanza: da un lato, egli deve controllare la corrispondenza dei dati fornitigli alle risultanze delle scritture contabili; d’altro lato, una volta compiuta positivamente questa verifica, egli è obbligato a riscontrare la*

del deudor empresario. Nos referimos a las escrituras contables, balance contable, etc.

- La coherencia de la documentación que acompaña al Acuerdo de Refinanciación<sup>876</sup> (ex art. 161 Legg. Fall). Implica un examen de la correspondencia de la documentación, tanto con los datos de la empresa, como con el propio Acuerdo de Refinanciación.

Para poder verificar todo esto, la doctrina<sup>877</sup> considera que el experto independiente tendrá que regirse por unos principios de verificación establecidos en las normas ISA<sup>878</sup> (International Standards of Auditing).

---

*corrispondenza delle risultanze e dei valori contabili rispetto ai dati reali, sia per quanto attiene all'esistenza fisica dei beni e degli assets in genere costituenti l'attivo, sia per quanto riguarda l'ammontare delle passività";* VERNA G. (2008), "**I nuovi accordi di ristrutturazione**", cit., pág. 581, en la que dice que tendrá que examinar los datos contables del deudor, a fin de poder tener una visión de la situación patrimonial del mismo; LO CASCIO G. (2010), "**Il piano attestato di risanamento**", cit., págs. 277 y 278, en las que dice que el control sobre los datos contables del deudor, y sobre el balance contable, será laxo, ya que no se trata de hacer un estudio económico de la empresa, sino de comprobar la situación en a que se encuentra, para poder hacer un posterior juicio de viabilidad y de idoneidad; SAVIOLI G. (2010), "**L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa**", cit., pág. 2, en el mismo sentido, mencionando una serie de datos contables que son de especial interés para la verificación. En su página 3 hace especial referencia al examen del balance contable del empresario, como un dato que necesariamente debe ser examinado. En la página 5 considera que el experto independiente tendrá que verificar, de forma exhaustiva, las escrituras contables del deudor; PALUCHOWSKI A. (2011), "**Art. 182 bis tra diritto processuale, contenuti sostanziali e controllo giurisdizionale**", cit., pág. 6, en el mismo sentido, diciendo que tendrá que examinar los balances contables de la empresa, sin embargo, esto no es suficiente, ya que tendrá que verificar la situación patrimonial exacta de la empresa deudora; MAFFEI ALBERTI A. (2013), "**Commentario breve alla Legge Fallimentare**", cit., pág. 1246, diciendo que tendrá que verificar el estado patrimonial del del deudor para comprobar que realmente se encuentre en estado e crisis. Igualmente por medio de la constatación de la documentación contable, el experto comprobará que se haya recopilado la mayoría del 60% del pasivo del deudor.

<sup>876</sup> Vid. VERNA G. (2008), "**I nuovi accordi di ristrutturazione**", cit., pág. 581, "*I documenti allegati al ricorso del debitore e quelli che il professionista incaricato ha comunque esaminato devono consentire a quest'ultimo di formulare un giudizio professionale che, pur presentando l'alea che accompagna ogni previsione di eventi futuri, possa ritenersi fondatamente attendibile e responsabilmente espresso*"; VALENSISE P. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**", cit., pág. 254, en el mismo sentido y añadiendo que es necesario examinar la documentación para poder comprender correctamente los datos contables del deudor; VALENSISE P. (2010), "**La Legge Fallimentare dopo la riforma**", cit., pág. 2275 sobre la necesidad de examinar los documentos mencionados en el artículo 161 Legg. Fall. para poder emitir un juicio de viabilidad e idoneidad del Acuerdo de Refinanciación; PROTO C. (2006), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit., pág. 136, en la que dice que la verificación de los datos de la empresa será limitada a la documentación aportada por el propio deudor; **Corte d'Appello l'Aquila di 10 di ottobre 2012, num. 1139**, en la que se precisa que no sólo tendrá que verificar la información contable del deudor, sino que también en toda la documentación concerniente al Acuerdo de Refinanciación, ya que en caso contrario no adquiriría la suficiente cognición como para poder informar sobre la viabilidad del Acuerdo de Refinanciación.

<sup>877</sup> Vid. SAVIOLI G. (2010), "**L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa**", cit., pág. 4, "*I principi di revisione attualmente in vigore rappresentano sostanzialmente, con livelli adattamenti, la traduzione letterale degli ISA, emanati dallo IAASB, i*

El experto procederá a constatar los datos seleccionados, bajo los principios de verificación. Tendrá que justificar<sup>879</sup> los principios utilizados, así como la razón para su elección.

La verificación de los datos de la empresa finaliza cuando el experto independiente alcanza el pleno conocimiento de la situación patrimonial del deudor<sup>880</sup>.

---

*quali utilizzano un approccio basato sull'indicazione di principi ed indirizzi comportamentale, con ciò innovando sostanzialmente rispetto ai precedenti principi de revisiones di amanzione nazionale [...]. L'attestore avrà conseguentemente ampia libertà (e conseguente responsabilità) nell'adottare le procedure che, alla luce dell'oggetto del controllo e della propria esperienza e sensibilità professionale, riterrà adeguate allo scopo. Ciò non può ovviamente portare al paradosso di ignorare i principi stessi facendo leva esclusivamente sulla propria sensibilità.”;* PALUCHOWSKI A. (2009), “**Art. 182 bis tra diritto processuale, contenuti sostanziali e controllo giurisdizionale**”, cit., pág. 5 en el mismo sentido, apuntando que el experto independiente, a la hora de verificar los datos de la empresa, tendrá que guiarse por los “*standards professionali adeguati allo scopo che ci si prefigge*”; ZOCCA L. (2011), “**La relazione del professionista e sue responsabilità**”, cit., págs. 334 y 335, en las que dice que el experto tendrá que adecuarse a los principios generales de revisión contable, dada su función, remitiéndose así a los establecidos en la ISA. Continúa diciendo que el experto independiente tendrá que elegir, de entre todos los principios de revisión contable, los que sean más precisos a la función que va a realizar, siempre y cuando sean acordes con los datos de la empresa, previamente elegidos. A lo largo de las páginas 335 a 339 muestra como el experto deberá elegir discrecionalmente entre los principios en cuestión, sin embargo, tendrá que conocerlos y regirse por ellos. Por último cabe destacar que el autor se centra sobretudo en el documento 1005 de la Decisión 13665 de 6 de diciembre de 2006, que asienta las normas ISA en Italia, para la aplicación de los principios de revisión contable en el informe del experto independiente; **Tribunale di Milano, Sez. II di 27 di marzo 2010**, en el mismo sentido, explicando que la

<sup>878</sup> Las normas ISA, son emitidas por la IFAC (International Federation of Accountants), a través de la IAASB (International Auditing and Assurance Standards Board). Consisten en una serie de normas o principios, de carácter internacional, las cuales regulan la actividad de auditoría de los datos económicos de una empresa. Estas normas serán de aplicación para los revisores contables, además de para los auditores. Estas normas, al ser internacionales, tendrán que adecuarse al Derecho de cada uno de los Estados que las van a aplicar. Así, concretamente en Italia están los principios emanados del Consejo Nacional, y recomendados por el Consob con la Decisión 13809 de 30 de octubre de 2002, y la posterior Decisión 13665 de 6 de diciembre de 2006. Para un estudio más avanzado sobre los principios de revisión contable, véase HAYES R.S./DASSEN R./SCHILDER A./WALLAGE P. (2005), “**Principles of Auditing: and introduction to International Standards on Auditing**”, Edit. Financial Times Prentice Hall, Edición II, Amsterdam; COLLINGS S. (2011), “**Interpretation and Application of International Standard on Auditing**”, Edit. Wiley, United Kingdom.

<sup>879</sup> Vid. ZOCCA L. (2011), “**La relazione del professionista e sue responsabilità**”, cit., pág. 333, “*Il professionista deve altresì rendere palesi, nel contesto della relazione, i criteri e le metodologie seguite nel procedimento di revisione della contabilità del debitore destinato a sfociare nell'attestazione di vericità dei dati aziendali*”; PALUCHOWSKI A. (2009), “**Art. 182 bis tra diritto processuale, contenuti sostanziali e controllo giurisdizionale**”, cit., pág. 7, en el mismo sentido; VERNA G. (2008), “**I nuovi accordi di ristrutturazione**”, cit., pág. 586, en la que establece que el experto tiene la obligación de poner en conocimiento del deudor todos los medios y todas las actividades que ha realizado durante el ejercicio de, su función; LO CASCIO G. (2010), “**Il piano attestato di risanamento**”, cit., pág. 278.

<sup>880</sup> Vid. PALUCHOWSKI A. (2009), “**Art. 182 bis tra diritto processuale, contenuti sostanziali e controllo giurisdizionale**”, cit., pág. 7, en la que, hablando sobre el control judicial del Acuerdo de Refinanciación, refiere que el informe del experto debe ser completo, además de emitir unas

La segunda parte del informe del experto independiente consiste en un juicio de viabilidad e idoneidad del Acuerdo de Refinanciación.

La doctrina<sup>881</sup> lo considera como una evaluación sobre las posibilidades de ejecución del Acuerdo de Refinanciación. También examina su aptitud para satisfacer

---

conclusiones motivadas que impliquen el pleno convencimiento del experto. Es decir, el experto tendrá que estar plenamente convencido de las conclusiones que realiza sobre el Acuerdo, incluidos los datos de la empresa, ya que de lo contrario, podría implicar la desestimación de la homologación del Acuerdo de Refinanciación, bien por no cumplimiento de requisitos, bien por no ser viable o idóneo. La autora lo justifica mediante el convencimiento del experto, ya que si éste no alcanza el pleno conocimiento de los datos, el juicio que emita, y sus conclusiones, no podrán ser correctas.; ZOCCA L. (2011), **“La relazione del professionista e sue responsabilità”**, cit., pág. 339, en este sentido; ZORZI A. (2009), **“Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)”**, cit., pág. 5, en la que dice que no cabe la tentativa del informe del experto independiente, sino que tendrá que alcanzar un pleno convencimiento sobre cada una de las conclusiones que emite, incluidas las que tratan sobre la situación patrimonial del deudor.

<sup>881</sup> Vid. VALENSISE P. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., pág. 251, *“L’idoneità della proposta dovrebbe essere quindi dichiarata dal detto professionista tanto in astratto e cioè, ad esempio, verificando che essa si articoli in uno o più atti e negozi giudicabilmente validi, quanto con riguardo alla sua concreta realizzabilità e quindi, in particolare, eseguendo una valutazione prognostica in ordine alla logicità, ragionevolezza e coerenza del complessivo progetto, con particolare riguardo alla sua capacità – over relativa proposta venisse accolta dai creditori contattati. Di liberare/mettere a disposizione risorse finanziarie in misura tale da soddisfare integralmente tutti i creditori fino a quel momento rimasti estranei alle trattative”*; GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di Ristrutturazione”**, cit., pág. 42, en este sentido; TRENTINI C. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., págs. 242 y 243 en el mismo sentido; VERNA G. (2008), **“I nuovi accordi di ristrutturazione”**, cit., pág. 583, en este sentido; DI MARZIO F. (2011), **“Il diritto negoziale della crisi d’impresa”**, cit., pág. 129; LO CASCIO G. (2010), **“Il piano attestato di risanamento”**, cit., pág. 279, donde además añade que el informe del experto independiente es el mismo para el concordato preventivo, para el plan de resaneamiento y para los Acuerdos de refinanciación; VALENSISE P. (2010), **“La Legge Fallimentare dopo la riforma”**, cit., pág. 2275; ZOCCA L. (2011), **“La relazione del professionista e sue responsabilità”**, cit., pág. 347; FORTUNATO S. (2009), **“La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 3; PROTO C. (2006), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 135; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 125, en este sentido; LOCATELLI F. (2013), **“Novità in tema di azione revocatoria fallimentare per favorire la continuità aziendale”**, cit., pág. 95, en este sentido; ZORZI A. (2009), **“Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)”**, cit., pág. 4, añadiendo la diferencia entre viabilidad e idoneidad. La viabilidad supone un juicio sobre la posible ejecución del Acuerdo de Refinanciación, mientras que la idoneidad implica una evaluación de si el Acuerdo de Refinanciación es apto para satisfacer íntegramente a todos los acreedores. Así, establece que el Acuerdo de Refinanciación puede ser idóneo pero no viable (cuando realmente satisfaría a los acreedores no adheridos, sin embargo no puede ser llevada a la práctica) y viceversa (cuando es totalmente válido para su ejecución, sin embargo no asegura el pago íntegro a los acreedores); CINCOTTI C/NIEDDU ARRICA F. (2013), **“La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo”**, cit., pág. 6, en este sentido; GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa”**, cit., págs. 133 y 134, en la que comenta la necesidad de examinar el contenido del Acuerdo y su idoneidad para asegurar el pago íntegro de los acreedores disidentes; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1245, donde distingue entre el juicio de viabilidad y el de idoneidad. Así, el juicio de viabilidad (*“fattibilità”*), supone un juicio sobre la posibilidad de ejecución del Acuerdo y de todos los pactos que lo constituyen. Añade que el juicio de viabilidad variará en función de la finalidad perseguida en el

íntegramente a los acreedores no adheridos al mismo (en los términos del artículo 182 bis I Legg. Fall.).

Es un juicio pronóstico<sup>882</sup> desde un ámbito pragmático. Una evaluación de las probabilidades que tiene el Acuerdo de asegurar el pago íntegro de los acreedores no adheridos, en el caso en que realmente fuese ejecutable.

El juicio de viabilidad e idoneidad del Acuerdo de Refinanciación implica lo siguiente<sup>883</sup>:

- Un juicio de coherencia externa<sup>884</sup>. Es un examen sobre la compatibilidad del Acuerdo de Refinanciación con las circunstancias de la empresa. Este examen abarca dos aspectos:

---

Acuerdo de Refinanciación (según sea en continuidad empresarial, o bien liquidatorio); MARCHEGANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, cit., pág. 169, en este sentido; **Corte appello di Roma di 15 agosto 2012**, en este sentido; **Tribunale di Milano, Sez. II di 25 di marzo 2010**, en este sentido.

<sup>882</sup> Vid. FRASCAROLI SANTI E. (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 144, *“il professionista deve attestare l’attuabilità dell’accordo con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare el regolare pagamento deo creditori estranei, ma nella norma non sono fissati criteri ai quali il medesimo debba attenersi nella sua valutazione. Si può, al riguardo, condividere la tesi secondo cui tale parere consista in un motivato giudizio professionale di alta probabilità, il chè comporta che si debba esaminare, insieme con l’attendibilità dei dati forniti dal debitore nell’accordo anche la situazione patrimoniale-finanzaria ed economica del medesimo”*; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1245, en este sentido. Distingue entre el juicio de viabilidad y el de idoneidad. Así el juicio de idoneidad se pronuncia sobre la posibilidad de que el Acuerdo satisfaga a los acreedores disidentes en los términos del artículo 182-bis I a) y b) Legg. Fall.; FORTUNATO S. (2009), **“La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 3, *“il professionista è chiamato comunque a compiere un giudizio prognostico ex ante sugli elementi previsionali dei piani o degli accordi”*; TRENTINI C. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 243, en este sentido; CINCOTTI C/NIEDDU ARRICA F. (2013), **“La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo”**, cit., pág. 6, en este sentido; GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa”**, cit., pág. 142, en este sentido. El autor distingue entre la labor del Juez y la del experto. El Juez se centrará en las conclusiones del experto. El experto hará un juicio del futuro del Acuerdo de Refinanciación para comprobar que efectivamente sea viable a la hora de asegurar el pago íntegro de los acreedores no adheridos al mismo; **Cassazione, Sez. Unita di 23 di gennaio 2013, num.1521**, en este sentido;

<sup>883</sup> Vid. SAVIOLI G. (2010), **“L’attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi”**, cit., págs. 9 a 12, quien organiza el juicio de viabilidad del experto independiente en estos términos. Resulta lógico pensar que el experto, antes de emitir sus conclusiones sobre el Acuerdo de Refinanciación, tendrá que examinar todas estas variables, y compararlas, partiendo de una situación patrimonial de la empresa (ya efectuada anteriormente por él mismo). Sólo así podrá concluir, sin lugar a dudas, que el Acuerdo de Refinanciación es viable e idóneo para satisfacer a todos los acreedores que no se han adherido al mismo, a la vez que eliminar el estado de crisis en que se encuentra la empresa; CINCOTTI C/NIEDDU ARRICA F. (2013), **“La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo”**, cit., pág. 6, en este sentido.

<sup>884</sup> Vid. SAVIOLI G. (2010), **“L’attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi”**, cit., pág. 9, *“le verifiche di coerenza esterna devono valutare la compatibilità del piano con i voncoli (e le opportunità) dell’ambiente esterno, economico e non, in cui l’impresa si troverà ad operare e con le date condizioni interne aziendali.”*; ZOCCA L. (2011), **“La**

- Circunstancias ambientales externas de la empresa<sup>885</sup>: son todos aquellos avatares externos, relacionados con la empresa. Serán sobre todo cuestiones relativas a la situación de la empresa en el mercado competitivo y a las variables dinámicas que puedan afectarle.
- Circunstancias ambientales internas de la empresa<sup>886</sup>: se refiere a todas aquellas cuestiones internas de la empresa y su actividad. Por ejemplo datos históricos, coste de producción, etc.
- Un juicio de coherencia interna del Acuerdo de Refinanciación<sup>887</sup>: se refiere a un examen sobre el contenido del Acuerdo de Refinanciación.

---

**relazione del professionista e sue responsabilità**", cit., pág. 347, considera que el juicio de viabilidad e idoneidad comienza con el análisis de la situación de la empresa en el sector económico al que pertenece. No se refiere en este caso a la verificación de los datos de la empresa, sino que expresamente dice *"situazione di partenza; compatibile con le dinamiche del settore in cui opera l'impresa e con i risultati storici della stessa"*. Con ello nos quiere indicar que, tras la verificación de los datos de la empresa, habrá que centrarse en un estudio de las variables económicas que la circundan. Esto lo confirma posteriormente en su página 349, cuando habla de *"cambiare le condizioni di mercato, mutevoli possono presentarsi alcune variabili poste a fondamento del piano"*, por lo que efectivamente distingue entre la verificación de los datos de la empresa y el entorno económico de la misma, debiendo ambos ser examinados; FORTUNATO S. (2009), **"La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa"**, cit., pág. 4, en el mismo sentido, añadiendo que debe precisarse la fecha en la que se realiza el informe, ya que las circunstancias económicas examinadas podrían alterarse; PALUCHOWSKI A. (2011), **"Art. 182 tra diritto processuale, contenuti sostanziali e controllo giurisdizionale"**, cit., pág. 6.

<sup>885</sup> Vid. SAVIOLI G. (2010), **"L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi"**, cit., págs. 9 y 10, en la que realiza un elenco de circunstancias externas de la empresa, que deben ser tenidas en cuenta por el experto. Éstas son: 1. El crecimiento del coste de producción y del nivel de vida; 2. La evolución del sector de producción de la empresa, en relación con sus competidores; 3. El contexto tecnológico y su evolución; 4. El contexto normativo relativo a la empresa y su previsible evolución; MEO G. (2011), **"I piani attestati di risanamento"**, cit., pág. 649, donde dice que el experto independiente tendrá que examinar las variables económicas de la empresa.

<sup>886</sup> Vid. SAVIOLI G. (2010), **"L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi"**, cit., pág. 10, en la que enumera la circunstancias internas de la empresa que son objeto de examen: 1. Determinación de las causas que motivaron la crisis de la empresa; 2. Un examen de los datos históricos de la empresa; 3. El coste de producción; 4. Examen de las redicciones de cuentas efectuadas, para comprobar que la gestión y administración de la empresa es correcta; LO CASCIO G. (2010), **"Il piano attestato di risanamento"**, cit., pág. 280, *"La ragionevolezza del piano deve tradursi nella sostenibilità e nella coerenza del programma rassegnato dall'imprenditore desumibili dalle stesse modalità rappresentate e dalla loro riferibilità alla situazione economica e finanziaria obiettivamente esistente. Non deve, poi, mancare, ove si renda necessario, un giudizio tecnico sulla situazione prospettica rappresentata e il riferimento agli scenari del mercato devono completare la valutazione dei trend storici, dei valori correnti dei bei, del cash flow della gestione corrente, del fabbisogno di capitale circolante, del tipo di prodotto e delle sue eventuali complicanze, della struttura manageriale dell'impresa, ecc."*;

<sup>887</sup> Vid. SAVIOLI G. (2010), **"L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi"**, cit., pág. 11 y 12, en las que expone que, una vez examinados los datos de la empresa (verificación de los datos de la empresa), y tras haber estudiado las variables externas

Procurará verificar la lógica del Acuerdo de Refinanciación con la situación de la empresa. Consiste en lo siguiente:

- Tendrá que evaluar que tales actos puedan ser llevados a la práctica, además de que realmente permitan la correcta ejecución del Acuerdo de Refinanciación<sup>888</sup>.
- Un examen de la incidencia de la prededucibilidad de los créditos emanados del Acuerdo de Refinanciación y su idoneidad<sup>889</sup>, reconocidos en el art. 182 quarter Legg. Fall. Resulta lógico<sup>890</sup> este examen, ya que el Juez tendrá que declarar prededucibles estos créditos, siendo el informe como un medio de instrucción del Tribunal.
- Un examen sobre la coherencia formal del Acuerdo de Refinanciación. Implica una evaluación sobre los requisitos del Acuerdo de Refinanciación<sup>891</sup>. Examinará que cumpla con todos los requisitos del art. 182 bis Legg. Fall., así como la adhesión del 60% de los acreedores.

---

en internas de la misma (coherencia externa de la empresa), tendrá que examinar la coherencia del Acuerdo de Refinanciación. Ello implica verificar que el Acuerdo de Refinanciación sea acorde con la situación de la empresa, que su contenido sea realizable en el contexto externo de la misma, y que los actos que incluye el Acuerdo de Refinanciación, sean proclives a su correcta ejecución, bajo los términos del artículo 182 bis Legg. Fall; PROTO C. (2006), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 136, “*Per potere esprimere ragionevolmente e motivatamente queste due previsioni, l’esperto dovrà valutare [...] i nuovi costi delle forniture e dei servizi per effetto dei contratti eventualmente rinegoziati e gli oneri finanziari, e ovviamente tutto quanto sarà necessario, secondo esperienza, in relazione alla particolarità del caso concreto*”; CINCOTTI C/NIEDDU ARRICA F. (2013), “**La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo**”, cit., pág. 6, en este sentido; TRONCI L. (2013), “**Perdita della continuità aziendale e strategie di risanamento**”, cit., pág. 8, en este sentido, en la que explica cómo será el juicio que efectúe el experto independiente sobre la coherencia interna del Acuerdo.

<sup>888</sup> Vid. SAVIOLI G. (2010), “**L’attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi**”, cit., pág. 11, “*Le intenzioni strategiche del management e le relative azioni implementative devono poi essere compatibili con le risorse finanziarie ed umane a disposizione [...] Verificata la compatibilità delle intenzioni strategiche con le azioni programmate e la disponibilità di risorse finanziarie al loro servizio, occorre verificare che le azioni programmate siano adeguadamente riflesse nell’evoluzione dei key value drivers indicata nel piano*”.

<sup>889</sup> Vid. VALENSISE P. (2010), “**La Legge Fallimentare dopo la riforma**”, cit., pág. 2276, “*il professionista sia chiamato ad esprimersi anche sugli eventuali interventi di nuova finanza previsti nell’accordo. Ciò con particolare riferimento alla presenza di quei element che, ai sensi dell’art. 182-quarter, no consentirebbero la prededucibilità in caso di successivo fallimento*”; TRENTINI C. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 243 en este sentido; GALARDO M. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa**”, cit., págs. 133 y 134, en este sentido.

<sup>890</sup> Vid. VALENSISE P. (2010), “**La Legge Fallimentare dopo la riforma**”, cit., pág. 2276, “*oltre ad essere menzionati nel piano posseggano quei requisiti di attinenza e funzionalità al medesimo, ai relativi strumenti ed obiettivi, elementi che si ritengono necessari affinché il giudice, in sede di omologazione ex art. 182-bis, ne possa espressamente disporre la parificazione ai prededucibili*”;

<sup>891</sup> Vid. VALENSISE P. (2010), “**La Legge Fallimentare dopo la riforma**”, cit., pág. 2275, “*In tale verifica deve ritenersi ricompreso un controllo tanto sull’idoneità astratta dell’accordo e dell’allegato piano a perseguire, nel rispetto sia della legge in generale sia, in particolare, delle condizione di*

Una vez realizado el estudio sobre estas variables, el experto finalizará su labor con unas conclusiones<sup>892</sup>.

Son un juicio de previsión<sup>893</sup> sobre el Acuerdo de Refinanciación. Concretamente sobre la probabilidad<sup>894</sup> de ejecutar el Acuerdo, además de su incidencia<sup>895</sup>, ya que ha

---

*cui all'art. 182-bis*"; TRENTINI C. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit., pág. 243, en este sentido, haciendo especial hincapié en el examen de las adhesiones de los acreedores, así como en la forma en que se han formalizado las adhesiones; VERNA G. (2008), "**I nuovi accordi di ristrutturazione**", cit., pág. 581, en este sentido; SAVIOLI G. (2010), "**L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi**", cit., pág. 11, quien acuña el término "coherencia formal", para referirse al cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos; FRASCAROLI SANTI E. (2009), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit., pág. 145, haciendo especial hincapié en la comprobación de las adhesiones de los acreedores.

<sup>892</sup> Vid. FABIANI M. (2011), "**Diritto fallimentare: un profilo organico**", cit, pág. 697, "*l'attestatore deve spiegare come l'esecuzione dell'accordo porti nei fatti a rimuovere lo stato di crisi o di insolvenza in quanto viene meno l'incapacità dell'imprenditore di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni*"; ZOCCA L. (2011), "**La relazione del professionista e sue responsabilità**", cit., pág. 347, "*Quindi, sulla base di un'esposizione completa, coerente, motivata, così da essere idonea a dare conto di conclusioni coerenti con le premesse poste in modo documentato e ragionato, la relazione di fattibilità del piano deve illustrare il percorso di ristrutturazione o di soffisfazione dei creditori fornendo adeguata indicazione delle risorse finanziarie ed economiche, congruenti con il fabbisogno stimato*"; SAVIOLI G. (2010), "**L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi**", cit., págs. 11 y 12, en las que muestra como el experto independiente, una vez ha verificado las condiciones de la empresa, el contenido del Acuerdo de Refinanciación, y el cumplimiento de los requisitos formales del Acuerdo de Refinanciación, tendrá que examinar como se relacionan estos elementos. Es decir, tendrá que verificar el cumplimiento de los requisitos del artículo 182 bis Legg. Fall. (coherencia formal). Si el Acuerdo de Refinanciación los cumple, examinará que los actos jurídicos del Acuerdo sean realizables según las circunstancias internas y externas de la empresa (correspondencia entre la coherencia externa y la coherencia interna). En el caso en que así sea, tendrá que examinar que los actos jurídicos que contiene el Acuerdo, sean idóneos para la ejecución del Acuerdo, en los términos del artículo bis Legg. Fall. (juicio de lógica entre los medios de coherencia interna); LO CASCIO G. (2010), "**Il piano attestato di risanamento**", cit., pág. 279.

<sup>893</sup> Vid. FRASCAROLI SANTI E. (2009), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit. pág. 145, "*In definitiva, la valutazione dell'esperto si concretiza in un esame prognostico, dal quale si evince che lo scenario futuro ipotizzato nell'accordo sia realistico, non solo qualora sia prevista la ristrutturazione del passivo, ma anche e soprattutto nel caso in cui nel medesimo si prevedano operazioni di risanamento in vista della prosecuzione dell'impresa*"; FORTUNATO S. (2009), "**La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa**", cit., pág. 3, en la que apunta que será un "*giudizio prognostico*", ya que se trata de evaluar la ejecución de un Acuerdo de Refinanciación, antes de ser siquiera homologado; MANDRIOLI L. (2009), "**La relazione del professionista nel piano di risanamento stragiudiziale attestato**", cit., pág. 640; **Tribunale di Milano, Sez. II di 15 ottobre 2009**, en la que se establece que tendrá que hacer un pronóstico sobre la ejecución del Acuerdo de Refinanciación, hasta el momento de la total eliminación del estado de crisis del deudor.

<sup>894</sup> Vid. ZORZI A. (2009), "**Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)**", cit., pág. 5, "*il professionista rilasci l'attestazione é, quindi, necessario che si convinca che il piano ha alte probabilità di successo. La legge non può tollerare tentativi di risanamento che mettano in serio pericolo le ragioni dei creditori, e tanto meno offrirvi protezione*". Continúa diciendo que la gran probabilidad de ejecución del Acuerdo de Refinanciación, supone un 80% de probabilidad de éxito; FORTUNATO S. (2009), "**La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa**", cit., pág. 4, en este sentido;

de ser idóneo para el pago íntegro y regular<sup>896</sup> a los acreedores que no se han adherido al mismo.

El experto independiente tiene que alcanzar un pleno convencimiento de las conclusiones que emite. Aunque la doctrina<sup>897</sup> considera la posibilidad de emitir unas conclusiones condicionadas a la verificación de un hecho futuro.

Tendrán que ser motivadas<sup>898</sup>, debiendo contener el razonamiento del experto para emitir las, así como una explicación de cómo ha realizado su labor.

Una vez estudiada la labor que desempeña el experto independiente, vemos que es imprescindible. Se debe a que es un requisito de la demanda de homologación del Acuerdo de Refinanciación<sup>899</sup>, además de necesaria para el procedimiento de homologación.

---

<sup>895</sup> Vid. VERNA G. (2008), “**I nuovi accordi di ristrutturazione**”, cit., pág. 581, “con particolare riferimento all’idoneità del piano ad assicurare il pagamento esatto e tempestivo dei creditori estranei”; ZOCCA L. (2011), “**La relazione del professionista e sue responsabilità**”, cit., pág. 348 en este sentido.

<sup>896</sup> Vid. FABIANI M. (2011), “**Diritto fallimentare: un profilo organico**”, cit., pág. 698, “per regolare pagamento si intende: a) il pagamento per intero; b) dunque il pagamento alla scadenza o immediatamente dopo l’omologazione se già scaduto; c) un pagamento con mezzi normali salvo consenso del creditore”; GALARDO M. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa**”, cit., pág. 57 a 60 para una definición más amplia de lo que se entiende sobre el pago íntegro y regular de los acreedores, como requisito del Acuerdo de Refinanciación.

<sup>897</sup> Vid. ZORZI A. (2009), “**Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)**”, cit., pág. 5, “La necessità che il professionista si convinca che il piano ha alte probabilità di successo non sembra impedire, peraltro, che il rilascio dell’attestazione possa essere subordinato alla condizione sospensiva del verificarsi di un evento prossimo”.

<sup>898</sup> Vid. ZOCCA L. (2011), “**La relazione del professionista e sue responsabilità**”, cit., pág. 347, “La relazione del professionista non può limitarsi ad attestare genericamente la fattibilità del piano, ma deve contenere la motivazione sostanziale ed oggettiva dell’attestazione; né l’indicazione di fattibilità può essere soltanto apoditticamente affermata, senza alcuna illustrazione argomentata delle ragioni, ricavate dall’esame dei vari elementi della proposta, puer tenuto conto dell’ottica prognostica che permea la stessa attestazione”; SAVIOLI G. (2010), “**L’attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa**”, cit., pág. 12, en el mismo sentido, observando que las conclusiones del experto pueden ser positivas o negativas, pero en todo caso tendrán que venir motivadas; VERNA G. (2008), “**I nuovi accordi di ristrutturazione**”, cit., pág. 586, diciendo que el experto tiene que poner en conocimiento todos los medios empleados para la elaboración del informe, así como el desarrollo de su actividad; DI MARZIO F. (2011), “**Il diritto negoziale della crisi d’impresa**”, cit., pág. 127, aludiendo al deber de información del experto independiente; LO CASCIO G. (2010), “**Il piano attestato di risanamento**”, cit., pág. 280, en el mismo sentido, añadiendo que esta necesidad de motivación del informe se debe a que debe ser creíble; VALENSISE P. (2010), “**La legge fallimentare dopo la riforma**”, cit., pág. 2276, en este sentido; PALUCHOWSKI A. (2011), “**Art. 182 bis tra diritto processuale, contenuti sostanziali e controllo giurisdizionale**”, cit., pág. 7, que añade que debe justificar y motivar toda su actuación en aras de evitar que pueda imputársele responsabilidad civil alguna; MEO G. (2011), “**I piani attestati di risanamento**”, cit., pág. 655, en el mismo sentido.

<sup>899</sup> Como ya hemos dicho anteriormente, la doctrina mayoritaria avala la tesis por la que el informe del experto independiente es un requisito sine qua non de la demanda de homologación. Es por ello por lo que en caso de contener vicios, no se podrá homologar el Acuerdo de Refinanciación,

De hecho, tal es la relevancia de la labor del experto independiente que, en caso en que el experto no desempeñe debidamente su función, será responsable directo de todos los daños que haya causado:

- **Responsabilidad Civil<sup>900</sup>**: Todos los daños que se deriven de la negligencia del experto independiente deberán ser indemnizados por él mismo. Será necesario que se identifiquen los daños provocados, que se deriven del dolo o culpa grave del experto, y que concurra un nexo causal entre la labor del experto y el daño causado. Incurrirá en responsabilidad contractual para con el deudor, y en responsabilidad extracontractual para con los acreedores y los terceros afectados por el Acuerdo.

---

no pudiendo tampoco subsanarse el mismo. Sólo cabe que el propio deudor presente nueva demanda de homologación del Acuerdo, con otro informe diferente que no contenga vicio alguno.

<sup>900</sup> Vid. GUERRIERI G. (2012), “**Il controllo giudiziale sui piani attestati**”, cit., págs. 6 y 7 en las que dice que el experto independiente se responsabiliza del encargo de realizar el informe del experto independiente. La diligencia que se le exige al experto es la reconocida en el artículo 1176 II Cc (diligencia del experto medio). Sólo responderá por los daños que haya causado por negligencia grave o dolo, quedando exento de responsabilidad si acredita actuar con culpa leve. Por último, finaliza la exposición diciendo que incurrirá en responsabilidad contractual con el deudor que lo ha designado, y en responsabilidad extracontractual con el resto de acreedores; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1246, en este sentido. Añade que el Administrador Concursal será el encargado de acreditar el nexo causal entre la labor del experto y el daño provocado; TRENTINI C. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., págs. 250 y 251, en este sentido. Añade que el Administrador Concursal está legitimado para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil contractual, debiendo acreditar la concurrencia de los elementos de esta responsabilidad. Sin embargo, de cara a la extracontractual, estarán legitimados sólo los damnificados. Precisa además que en caso de no tratarse de un experto independiente, su responsabilidad será extracontractual; VALENSISE P. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit., págs. 418 y 419, en el mismo sentido. Dice que deberá contemplarse la responsabilidad civil desde el dolo o la negligencia grave según una aplicación del artículo 2236 Cc.; **Tribunale di Milano, Sez. II di 27 di marzo 2010**, “*Manca, quindi, una precisa assunzione di responsabilità, da parte dell’attestatore, quanto al profilo della vericità dei dati a consuntivo, specificamente riferita ad una situazione patrimoniale aggiornata*”; **Tribunale di Milano, Sez. II di 11 febbraio 2010**, en el mismo sentido; **Tribunale di Milano, Sez. II, di 25 di marzo 2010**, “*Il controllo - e la conseguente assunzione di responsabilità dell’attestatore - sulla vericità dei dati contabili a consuntivo (e quindi relativamente ad una situazione patrimoniale aggiornata) è quindi il presupposto logico e fattuale indefettibile della successiva valutazione di attuabilità/fattibilità, con la conseguente necessaria responsabilità dell’attestatore (di natura contrattuale verso il debitore proponente-committente, e di natura normalmente extracontrattuale verso la generalità dei creditori e/o dei terzi interessati) per l’eventuale colposa erroneità della verifica stessa o per la dolosa falsificazione dei relativi dati.*”; MARCHEGIANI L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**”, cit., pág.13, en la que dice que el experto que realice su informe, no siendo independiente, podrá incurrir en responsabilidad civil; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., pág. 45, en la que dice que el experto que no sea independiente, podrá incurrir en responsabilidad civil.

- **Responsabilidad penal<sup>901</sup>**: Será condenado por el delito de “*falso attestatore*”, tipificado en el artículo 236 bis de la Legge Fallimentare<sup>902</sup>, para el caso en que introduzca elementos falsos en su informe, o bien se base en una información conocida como falsa.

<sup>901</sup> Vid. PELLEGRINELLI P. (2013), “**Il reato di falso in attestazioni e relazioni e l’estensione dell’esonazione dai reati di bancarotta**”, en **Soluzione negoziale della crisi d’impresa dopo il decreto sviluppo (L. 134/2012)**, AAVV a cura di GIORGETTI M. con la collaborazione di LOCATELLO F., Edit. CEDAM, pág. 107 a 111, en la que dice que el experto independiente que viole el contenido del informe, será condenado por el delito de “falso attestatore”, tipificado en el artículo 236-bis Legge Fallimentare; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1247, en este sentido; DEL GIUDICE F. (2012), “**Legge Fallimentare Esplicata: la normativa spiegata Articolo per Articolo**”, cit., pág. 308, en este sentido; GUERRIERI G. (2012), “**Il controllo giudiziale sui piani attestati**”, cit., pág. 11, en la que dice que el experto independiente que incurra en falsedad en su informe, será condenado por el delito de “falso attestatore” tipificado en el artículo 236 bis Legg. Fall.; VALENSISE P. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit., pág. 422, en este sentido sobre la responsabilidad penal del experto independiente en base al artículo 236 bis Legg. Fall.; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., pág. 124, en este sentido; LOCATELLI F. (2013), “**Novità in tema di azione revocatoria fallimentare per favorire la continuità aziendale**”, cit., pág. 97; Cassazione, Sez. Unita di 23 di gennaio 2013, num. 1521, “*Ne consegue dunque che, pur non essendo un consulente del giudice - come si desume dal fatto che è il debitore a nominarlo -, il professionista attestatore ha le caratteristiche di indipendenza (ulteriormente indirettamente rafforzate dalle sanzioni penali previste dalla L. Fall., art. 236 bis, introdotto con il D.L. n. 83 del 2012) e professionalità idonee a garantire una corretta attuazione del dettato normativo.*”; Tribunale di Roma, Sez. Fall. di 21 di dicembre 2012, en este sentido.

<sup>902</sup> El delito de “falso attestatore” es tipificado en el artículo 236-bis de la Legge Fallimentare. El tipo penal exige será cometido por el experto independiente en ejercicio de sus funciones, descritas en los artículos 182 bis (Acuerdos de Refinanciación), 161 III (“Piano di Risanamento”), 182 quinquies (autorización para pedir financiación predecible para el pago de bienes y servicios necesarios) y 186 bis (“Concordato In Continuità”) de la Legge Fallimentare, introduzca elementos falsos u omite elementos relevantes. La pena será de 1 a 3 años de prisión y multa de entre 50.000 y 100.000 €. Será necesario que el experto independiente cumpla con los requisitos necesarios para ser nombrado, pues de lo contrario no se puede considerar que sea autor de este delito. Diciendo que caben dos tipos de conducta al respecto: 1. La conducta comisiva, por la que el experto introduce información que no es cierta; 2. Conducta omisiva mediante la elusión de determinados elementos o datos en el informe. Para que pueda castigarse el delito, será preciso que afecte a información relevante, sin la cual los acreedores no hubieran ratificado el Acuerdo de Refinanciación. Serán circunstancias agravantes de este delito: 1. Cuando el experto busque un beneficio para sí o para un tercero con el que está relacionado; 2. Que el experto persiga un perjuicio para los acreedores o para el deudor. Información obtenida del resumen de las siguientes obras, y a cuyo contenido me remito en aras de la mayor brevedad: Vid. PELLEGRINELLI P. (2013), “**Il reato di falso in attestazioni e relazioni e l’estensione dell’esonazione dai reati di bancarotta**”, en **Soluzione negoziale della crisi d’impresa dopo il decreto sviluppo (L. 134/2012)**, AAVV a cura di GIORGETTI M. con la collaborazione di LOCATELLO F., Edit. CEDAM, pág. 107 a 115; DEL GIUDICE F. (2012), “**Legge Fallimentare Esplicata: la normativa spiegata Articolo per Articolo**”, cit., pág. 308, en este sentido; VALENSISE P. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit., pág. 422, en este sentido sobre la responsabilidad penal del experto independiente en base al artículo 236 bis Legg. Fall.; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., pág. 124; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., págs. 1585 a 1589.

### 3.3.2 Cocepto, designación y requisitos del experto independiente.

Habiendo acreditado que existe un control prejudicial sobre el contenido del Acuerdo de Refinanciación, pasamos a estudiar el sujeto que lo realiza.

El experto independiente será **designado por el deudor empresario, aunque también puede ser de común acuerdo entre las partes**<sup>903</sup>. A diferencia del Derecho español, la competencia única de su designación corresponde al deudor, ya que es el interesado en la prosperidad y homologación del Acuerdo de Refinanciación.

En el caso en que el deudor sea una Sociedad Anónima, la doctrina mayoritaria<sup>904</sup> considera que su designación corresponde a la misma Sociedad. Sin embargo, otra parte de la doctrina<sup>905</sup> opina que su designación corresponde al Tribunal.

---

<sup>903</sup> Vid. FRASCAROLI SANTI E. (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale”**, cit., pág. 144, *“La nomina viene effettuata dallo stesso debitore anche concordemente con i creditori aderenti come, del resto, si reuta anche per quanto concerne l’attestazione dei piani di risanamento di cui all’art. 67, 3º co., lett. D) l. Fallim., secondo il recente orientamento dei Tribunali di Milano e di Brescia”*; FABIANI M. (2011), **“Diritto fallimentare: un profile organico”**, cit., págs. 697 y 724, en el mismo sentido ambas; FAZZI L. (2011), **“Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti”**, Riv. Il Diritto Fallimentare, núm. 3-4, pág. 4, según la versión descargada de la base de datos <http://dottrina.ipsoa.it/>, en este sentido, y añadiendo que también puede ser nombrado por acuerdo de las partes, *“Il professionista è nominato dal debitore o dalle parti di comune accordo”*; JORIO A. (2010), **“il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva”**, Il nuovo diritto fallimentare: novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma, AAVV diretto da JORIO A/FABIANI M., Edit. Zanichelli, Edizione I, Torino, pág. 989, en el mismo sentido; LO CASCIO G. (2010), **“Il piano attestato di risanamento”**, cit., pág. 275, añadiendo que de esta forma el legislador somete la designación del experto a la libre discrecionalidad del deudor; VERNA G. (2008), **“I nuovi accordi di ristrutturazione”**, cit., pág. 580, en el mismo sentido, apuntando que ello se debe a que el Acuerdo de Refinanciación es un instituto de Derecho Privado, por lo que se atiene a las partes contractuales, en ejercicio de su autonomía de la voluntad; MEO G. (2011), **“I piani attestati di risanamento”**, cit., pág. 653, cuando dice que la competencia para la designación del experto es *“esclusivamente all’imprenditore”*; TRENTINI C. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 233 en este sentido”; VALENSISE P. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare”**, cit., pág. 229; PACCHI S. (2013), **“La quinta etapa de la reforma concursal italiana”**, cit., pág. 387 en el mismo sentido; GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa”**, cit., pág. 131, aunque dice que esta posibilidad de designación por el deudor, no es aceptada por algunos autores; LOCATELLI F. (2013), **“Novità in tema di azione revocatoria fallimentare per favorire la continuità aziendale”**, cit., pág. 92, en este sentido, añadiendo que ello no debe ser obstáculo para la independencia del experto; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 123, en la que dice que el único legitimado es el deudor. También puede ser designado de común acuerdo con los acreedores, sin embargo la designación tendrá que ser efectuada únicamente por el deudor; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág.1245, en este sentido.

<sup>904</sup> Vid. AMBROSINI S. (2010), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 1147, *“La designazione dell’esperto compete, secondo l’opinione preferibile, non al tribunale bensì all’impresa debitrice, anche quando si tratti di società per azioni, dovendo intendersi il rinvio operato dall’art. 67, 3º com., lett d), all’art. 2501 bis c. c. come riferito al contenuto della relazione e non già al potere di nomina. E una conferma indiretta della correttezza di questa*

Respecto a la **naturaleza jurídica** del experto independiente, radica en el ámbito privado<sup>906</sup>. Se trata de un profesional que realiza una obra intelectual para el deudor, y no de un funcionario designado (a diferencia del Derecho español, cuya designación compete al Registrador Mercantil, dándole una condición semejante a la de perito designado judicialmente).

---

*soluzione deriva dal disposto dell'art. 2343 ter c. c.*"; JORIO A. (2010), "**il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva**", cit., pág. 989, en la que, reconoce que la jurisprudencia mayoritaria opina que la designación corresponde siempre al empresario deudor, ya que su función radica sólo y exclusivamente en el ámbito privado; FRASCAROLI SANTI E. (2009), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale**", cit., pág. 144, en el mismo sentido; VALENSISE P. (2010), "**La Legge Fallimentare dopo la riforma**", cit., pág. 2273, en la que opina que el nombramiento del deudor siempre corresponde al deudor, "*quale che sia la sua configurazione soggettiva, e cioè tanto se imprenditore individuale quanto se società di persone o di capitali [...] Non si ritiene pertanto utilizzabile la soluzione, fondata su di una serie di rinvii a catena*"; VERNA G. (2008), "**I nuovi accordi di ristrutturazione**", cit., pág. 583, en el mismo sentido argumentando que "*L'intervento dell'autorità giudiziaria nella designazione del professionista [...] sarebbe irrazionale e si contrapporrebbe con la scelta del professionista lasciata all'imprenditore nel concordato preventivo*"; MEO G. (2011), "**I piani attestati di risanamento**", cit., pág. 653, en este sentido; TRENTINI C. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit., pág. 233, en este sentido; VALENSISE P. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare**", cit., pág. 230, en este sentido, justificando la imposibilidad de designación por el Tribunal, en base a la imperatividad del artículo 182 bis Legg. Fall., que atribuye competencia exclusiva de su designación al deudor empresario.

<sup>905</sup> Vid. JORIO A. (2010), "**il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva**", cit., pág. 989, "*Il rinvio dell'art. 160 all art. 67, 3º com., lett d), potrebbe lasciare intendere come operante anche il rinvio all'art. 1501 bis 4º co., del codice civile, in tema di fusioni, il quale a sua volta rinvia all'art. 2501 sexies, il cui 3º com. Dispone che la designazione dell'esperto compete al tribunale se la società incorporante o risultante dalla fusione sia una società per azioni o in accomandita per azioni*". Posteriormente justifica esta postura como un medio de asegurar la independencia del experto, diciendo "*la ratio di quest'ultima disposizione risiede, ragionevolmente, nell'esigenza di assicurare maggiore oggettività e sicurezza agli esiti della fusione. Esigenza di imparzialità che può ben riproporsi sia per l'attestazione di vericità e di fattibilità del piano di concordato, e che ben potrebbe indurre a ritenere che, al di là delle difficoltà di puntuale raccordo tra la norma fallimentare e quella societaria, il significato del rinvio operato dall'art. 2501 bis all'art. 2501 sexies possa valere anche per l'ipotesi concorsuale*"; GALLETI D. (2006), "**I piani di risanamento e di ristrutturazione**", cit., pág. 7, donde reconoce que no tiene clara esta cuestión, pero afirma su posición personal en este sentido.

<sup>906</sup> Vid. TRENTINI C. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit., pág. 249 y 250, "*Non pare lecito dubitare che l'attività svolta dall'esperto attestatore vada iscritta nell'ambito delle prestazioni d'opera intellettuale [...] Del pari, è escluso che gli spetti la qualifica di pubblico ufficiale*"; MEO G. (2011), "**I piani attestati di risanamento**", cit., pág. 654, cuando hace referencia al ámbito privado del Derecho diciendo que "*il piano è quindi necessariamente ed esclusivamente atto interno all'imprenditore e la sua attestazione, perchè sortisca gli effetti auspicati, è oggetto a sua volta dell'interesse esclusivo privatistico*"; MARCHEGIANI L. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**", cit., págs. 164 a 168, en las que dice que se trata de un particular que actúa como un mandatario de los intereses de los terceros. No es un mandatario a favor de terceras personas (acreedores disidentes del Acuerdo de Refinanciación), sino que evalúa el Acuerdo de Refinanciación, junto con el plan de viabilidad que lo acompaña, determinando así la viabilidad del mismo en los términos del artículo 182-bis I letras a) y b) Legge Fallimentare.

En lo referente a los **requisitos** que tiene que cumplir el experto independiente, el artículo 182 bis nos remite al artículo 67 III letra d) Legg. Fall, el cual exige dos requisitos<sup>907</sup>:

- Los requisitos establecidos en el artículo 28 a) y b) Legg. Fall. previstos para el Administrador Concursal: se refiere a abogados, doctores mercantiles, auditores<sup>908</sup> (art. 28 I a) Legg. Fall.) y sociedades profesionales y estudios profesionales asociados que cumplan con los requisitos establecidos en el art. 28 I a) Legg. Fall. (art. 28 I b) Legg. Fall.), ya estudiados anteriormente<sup>909</sup>.

<sup>907</sup> Vid. VALENSISE P. (2010), **“La Legge Fallimentare dopo la riforma”**, cit., pág. 2273, *“Il professionista o, rectius, il soggetto chiamato a redigere la relazione sull’attuabilità dell’accordo ai sensi del comma 1 dell’art. 182-bis, deve dunque contestualmente (a) essere iscritto nel registro dei revisori contabili istituito presso il Ministero della Giustizia ai sensi del d.lgs 27 gennaio 1992, n. 88, e (b) essere un avvocato, o dottore commercialista, o ragioniere o ragionere commercialista ovvero uno studio professionale associato o società tra professionisti, sempre che i soci abbiano i requisiti professionali dianzi indicati (ex art. 28, comma 1 lett b)”*. Añade que esta exigencia se debe a un plus de profesionalidad que se le exige al experto independiente dada la trascendencia de su función; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1244, en este sentido; FABIANI M. (2011), **“Diritto Fallimentare: un profilo organico”**, cit., pág. 697, en este sentido; AMBROSINI S. (2010), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 1144; LO CASCIO G. (2010), **“Il piano attestato di risanamento”**, cit., pág. 275, donde estudia ambos requisitos en el mismo sentido.; GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa”**, cit., pág. 130 en este sentido; MANDRIOLI L. (2009), **“La relazione del professionista nel piano di risanamento stragiudiziale attestato”**, cit., pág. 640, en la que expone que serán exigidos estos dos requisitos.; VERNA G. (2008), **“I nuovi accordi di ristrutturazione”**, cit., pág. 582 y 583, en el mismo sentido; FORTUNATO S. (2009), **“La responsabilità civile del professionista dei piani di sistemazione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 1 y 2, en este sentido; ZOCCA L. (2011), **“La relazione del professionista e sue responsabilità”**, cit., pág. 326; MEO G. (2011), **“I piani attestati di risanamento”**, cit., pág. 654; FRASCAROLI SANTI (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 143; FAZZI L. (2011), **“Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 4; JORIO A. (2010), **“Il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva”**, cit, pág. 988; VALENSISE P. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare”**, cit., pág. 232; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 8, en este sentido; TRONCI L. (2013), **“Perdita della continuità aziendale e strategie di risanamento”**, cit., pág. 8, en este sentido, aunque de una forma más genérica; LOCATELLI F. (2013), **“Novità in tema di azione revocatoria fallimentare per favorire la continuità aziendale”**, cit., págs. 94 y 95, en este sentido, añadiendo que el legislador eligió estos requisitos para el experto independiente, habida cuenta que exigen un examen para su obtención. De esta manera se asegura la profesionalidad del experto independiente.

<sup>908</sup> Vid. VERNA G. (2008), **“I nuovi accordi di ristrutturazione”**, cit., pág. 584, en la que trata expresamente a los profesionales en ejercicio de las funciones del experto independiente, argumentando que *“agli iscritti nella sezione A (destinata agli attuali dottori commercialisti e ragionieri e periti commerciali) è riconosciuta competenza tecnica per l’incarico di curatore, commissario giudiziale e commissario liquidatore nelle procedure concorsuali”*; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág.43, en la que dice que el experto tendrá que cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 28 a) y b) Legg. Fall., previstos para el Administrador Concursal.

<sup>909</sup> Los requisitos para ser nombrado Administrador Concursal en Italia (curatore fallimentare), han sido objeto de estudio en el apartado dedicado a la legitimación única del Administrador

- Estar inscrito en el Registro de Revisores contables, perteneciente al Ministerio de Justicia<sup>910</sup>. De este modo, se restringe la condición de experto independiente a aquellos que realmente tengan suficiente profesionalidad.

Así, el legislador dispone que tendrán que estar inscritos en dos listados<sup>911</sup>: el de Revisores contables, y el de su profesión (abogados, doctores mercantiles, y expertos mercantiles). Este doble requisito se justifica como un modo de asegurar la profesionalidad<sup>912</sup> y diligencia con que debe actuar el experto independiente.

---

concurzal para el ejercicio de la acción rescisoria, en el Derecho Italiano, y a cuyo contenido nos remitimos, así como a la bibliografía citada en dicho apartado.

<sup>910</sup> Vid. VALENSISE P. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit., pág. 232 y 233, “*non basta un incarico requisito professionale come per la curatela, ma ne occorrono due, in quanto è necessaria –apunto- anche l’iscrizione al registro dei revisori legali. [...]Prendiamo le mosse dalla disciplina dei revisore legali, ora contenuta nel d.lgs 27 gennaio 2010, n. 39*”; TRENTINI C. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 236, en el mismo sentido, y añadiendo que esta doble exigencia implica que no todos aquellos que puedan ser designados Administrador Concursal, pueden ejercer de experto independiente, sino sólo aquellos que efectivamente estén inscritos en el listado del Registro de Revisores Contables; VERNA G. (2008), “**I nuovi accordi di ristrutturazione**”, cit., pág. 583 en este sentido; VALENSISE P. (2010), “**La Legge Fallimentare dopo la riforma**”, cit., pág. 2274; FORTUNATO S. (2009), “**La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d’impresa**”, cit., pág. 1; GALARDO M. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa**”, cit., pág. 130, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 436, en este sentido.

<sup>911</sup> Vid. ZOCCA L. (2011), “**La relazione del professionista e sue responsabilità**”, cit., pág. 326, “*Pertanto, ai fini del conferimento dell’incarico, sarà necessaria una duplice iscrizione: quella nell’albo professionale di appartenenza e quella nel registro dei revisori*”.

<sup>912</sup> Vid. MEO G. (2011), “**I piani attestati di risanamento**”, cit., págs. 654 y 655, que justifica la exigencia de los requisitos para ser Administrador Concursal alegando que “*La scelta di richiedere per l’esperto un profilo professionale coincidente con quello del curatore fallimentare si giustifica con il fatto che il giudizio di ragionevolezza richiesto esige che l’esperto riunisca competenza economico-aziendale e giuridiche tali da consentirgli di apprezzare il piano in tutte sue componenti essenziali sopra descritte e di attestarne, complessivamente e per ciascuna di esse, la ragionevolezza rispetto all’obiettivo prefissato.*”; LO CASCIO G. (2010), “**Il piano attestato di risanamento**”, cit., pág. 275, encontrando la justificación de esta regulación en el intento del legislador de homogeneizar los requisitos del experto independiente en todas sus actuaciones: “*In effetti, anche in considerazione della Relazione illustrativa alla nuova normativa, si evince che il legislatore ha inteso instaurare un regime di omogeneità dei requisiti che il professionista debba rivestire nell’espletamento dell’incarico di attestazione della ragionevolezza del piano ddi risanamento, dell’attuabilità degli accordi di ristrutturazione e della loro idoneità al pagamento dei creditori estranei, della vericità dei dati aziendali e della fattibilità del piano nel concordato preventivo*”; MANDRIOLI L. (2009), “**La relazione del professionista nel piano di risanamento stragiudiziale attestato**”, cit., pág. 640, en la que expone que será exigidos estos dos requisitos, añadiendo que esta regulación es apoyada por la Circular num. 3/IR de 23 de junio dme 2008 del Consejo Nacional de Doctores Mercantiles (Circolare num. 3/IR del 23 giugno 2008 del Consiglio Nazionale di Dottori Commercialisti), la cual establece varios puntos de vista sobre las ventajas de este doble requisito: 1. Forma de exigir un plus de profesionalidad al experto; 2. Modo de asegurar un plus de profesionalidad, ya que precisará la demostración de una serie de conocimientos; 3. Manera de vigilar la diligencia de estos expertos, ya que estarán inscritos en un listado perteneciente al Ministerio de Justicia

Estos requisitos tendrán que cumplirse desde que se acepta el encargo, hasta que se finaliza el informe<sup>913</sup>.

Hay que destacar que la sociedad profesional puede ser llamada a evaluar el Acuerdo de Refinanciación, en condición de experto independiente. Para ello se requiere que todos los socios tengan la condición de profesional ex art. 28 l a) Legg. Fall., y que estén inscritos en el Registro de Revisores contables.

Sin embargo, dada la confluencia de estos dos requisitos la doctrina minoritaria<sup>914</sup> considera que sólo se limita a la Sociedad de Abogados<sup>915</sup>. Será preciso que todos los socios sean abogados, y estén inscritos en el Registro de Revisores. La tesis más avalada extiende la posibilidad a otras sociedades como la multidisciplinaria<sup>916</sup>, o el experto asociado<sup>917</sup>.

---

<sup>913</sup> Vid. TRENTINI C. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 235 y 236, en este mismo sentido, y diciendo que no todos los revisores contables están habilitados para ejercer de experto independiente ex art. 182 bis Legg. Fall., sino sólo aquellos que además estén en posesión de los requisitos del artículo 28 l a) y b) Legg. Fall. añade que los requisitos del experto independiente tienen que subsistir hasta el momento de finalización del informe, ya que *“se la relazione risulti sottoscritta da persona che pure aveva i requisiti precritti nel momento in cui gli è stato conferito l’incarico, ma che abbia successivamente perso la qualificazione, la relazione deve ritenersi invalida ed inidonea”*.

<sup>914</sup> Vid. ZOCCA L. (2011), **“La relazione del professionista e sue responsabilità”**, cit., pág. 327, *“Con particolare riferimento alle società tra professionisti, vale la pena di evidenziare che l’unica società fra i professionisti citati nella lett a) dell art. 28 l. Fall. che, ad oggi, è compiutamente disciplinata nel nostro ordinamento è quella tra avvocati di cui al d.lg. 2.2.2001, n. 96, alla quale si può quindi intendere riferito il rinvio alla lett. b) del medesimo art. 28. Ai sensi dell’art. 21 del suindicato decreto legislativo, tutti i soci della società tra avvocati devono essere in possesso del titolo di avvocato; inoltre, in base alla legge speciale e in virtù del principio recato dall’art. 2232 c.c., il socio/avvocato che eseguirà materialmente la prestazione professionale dovrà essere iscritto al registro dei revisori”*

<sup>915</sup> Vid. VALENSISE P. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., pág. 235 y 236, en la que regula los requisitos necesarios de la Sociedad de Abogados, para poder ser llamada a evaluar un Acuerdo de Refinanciación.

<sup>916</sup> Vid. MANDRIOLI L. (2009), **“La relazione del professionista nel piano di risanamento stragiudiziale attestato”**, cit., pág. 642, *“in virtù di quanto disposto dall’art. 2 del d.l. n. 223/2006, potrebbero l’incarico de quo, secondo il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, anche le società di professionisti multidisciplinari costituite secondo la forma giuridica delle società di persone, purché i soci delle medesime siano iscritti negli albi professionali indicati dalla lettera a) dell’art. 28 l.f. ed i professionisti chiamati a svolgere l’incarico siano iscritti nel registro dei revisori contabili tenuto presso il Ministero della giustizia”*.

<sup>917</sup> Vid. VALENSISE P. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., pág. 238, en la que explica que no sólo se puede limitar a la Sociedad de Abogados, sino que también cabe la posibilidad de otras hipótesis, ejemplificando con el experto asociado. Exactamente dice que *“Alla luce di quanto precede il predetto requisito sembrerebbe quindi soddisfatto mediante l’individuazione, da parte dell’associazione incaricata, in senso alla propria compagine, del professionista associato che sia iscritto anche al registro dei revisori, che eseguirà l’incarico predisponendo e sottoscrivendo la relazione”*.

Por el contrario, la Sociedad de Revisores “per se” no está cualificada para la realización del informe<sup>918</sup>. Se debe a que para su constitución no se requiere que todos los socios tengan esta condición profesional (revisores o alguno de los establecidos en el art. 28 I a) Legg. Fall.), lo que supone un incumplimiento<sup>919</sup> de los requisitos para ser experto independiente (ex art. 67 III d) Legg. Fall.). Sólo cabría su designación en el caso en que todos los socios que la compongan estén en posesión de alguno de los títulos que establece el artículo 28 I a) Legg. Fall.)

Hemos de recordar que, en el caso en que se nombre a una sociedad profesional a evaluar el Acuerdo de Refinanciación, se tendrá que designar a una persona para ejercer esta función<sup>920</sup> (en aplicación de lo dispuesto en el art. 28 I b) Legg. Fall.)

Llama la atención que el legislador, a la hora de regular los requisitos, hace mención al art. 28 I a) y b) Legg. Fall., pero no menciona el apartado c). La doctrina<sup>921</sup> ha precisado esta cuestión aludiendo a la profesionalidad exigida.

---

<sup>918</sup> Vid. ZOCCA L. (2011), “**La relazione del professionista e sue responsabilità**”, cit., pág. 327, “*Non sembrano invece legittimate ad assumere l’incarico in argomento le società dei revisori di cui al d.lg. 27.1.1992, n. 98, il quale dispone che (solo) la maggioranza dei soci debba essere iscritta nel registro dei revisori o che (solo) la maggioranza dei diritti di voto nell’assemblea ordinaria spetti a persone fisiche iscritte nel registro*”; MANDRIOLI L. (2009), “**La relazione del professionista nel piano di risanamento stragiudiziale attestato**”, cit., pág. 641 en el mismo sentido, diciendo que esta posición está apoyada por la Circular n. 3/IR de 23 de junio de 2008 del Consejo Nacional de Doctores Mercantiles (Circolare n. 3/IR del 23 giugno 2008 del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti). Sin embargo, su postura personal es manifiestamente contraria, ya que dice que “*Il che tuttavia non esclude, a giudizio di chi scrive, che vi possa sempre essere una società di revisiones costituita nella forma di società di capitali in cui tutti i soci siano revisori contabili, oltre che professionisti di cui alla lettera a) dell’art. 28 l.f., e pertanto sussistano i requisiti per la nomina*”; VALENSISE P. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare**”, cit., pág. 233 y 234, en el mismo sentido, diciendo que la Sociedad de Revisores sólo podrá ser designada como experto independiente para el caso en que todos los socios que la componen tengan alguno de los títulos establecidos en el artículo 28 I a) Legg. Fall.. precisa también que la persona que va a desempeñar el cargo, tendrá que estar inscrita en el Registro de Revisores.

<sup>919</sup> Vid. MANDRIOLI L. (2009), “**La relazione del professionista nel piano di risanamento stragiudiziale attestato**”, cit., pág. 641, “*nonchè studio professionale o società tra professionisti, sempre che i soci di questi ultimi oltre ad essere revisori contabili ricadano anche nelle categorie professionali di cui sopra*”; VERNA G. (2008), “**I nuovi accordi di ristrutturazione**”, cit., pág. 585, en el mismo sentido, diciendo que todos los socios tienen que cumplir con los requisitos del artículo 28 I a) Legg. Fall.

<sup>920</sup> Vid. VERNA G. (2008), “**I nuovi accordi di ristrutturazione**”, cit., pág. 584 y 585, “*in questo caso la società professionale, essendo il soggetto investito dell’incarico, potrà compiere tutti gli atti e le operazioni relative al predetto incarico attraverso uno qualsiasi dei Suoi soci e non solo attraverso il socio designato responsabile cui si accennerà oltre. Se così non fosse, se cioè solo il socio responsabile potesse compiere quegli atti, si vanificherebbe la ratio della norma che deve condurre, in casi complessi, a nominare curatore una società professionale*” [...] “*dovendo effettuarsi la designazione all’atto dell’accettazione dell’incarico, ossia al compimento di un atto che spetta al soggetto che ha ricevuto l’incarico, la scelta del responsabile compete alla società professionale*”; VALENSISE P. (2010), “**La Legge Fallimentare dopo la riforma**”, cit., pág. 2274, en la que hablando del artículo 28 I b) Legg. Fall, en consideración con el art. 67 III d) Legg. Fall, dice “*La norma precisa altresì che, in tal caso, all’atto dell’accettazione dell’incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura*”; MANDRIOLI L. (2009), “**La relazione del professionista nel piano di risanamento stragiudiziale attestato**”, cit., pág. 341, en este sentido.

El art. 28 I c) Legg. Fall. establece los que pueden ser designados Administrador Concursal sin cualificación profesional. Por tanto no cumplen con este requisito de profesionalidad exigido, siendo éste el motivo por el que no pueden ser llamados a evaluar el Acuerdo de Refinanciación.

### 3.3.3 La independencia del experto.

Al igual que en el Derecho español, el experto que evalúa el acuerdo de refinanciación tiene que estar sometido a un **régimen de independencia**<sup>922</sup>.

El artículo 67 III d) Legg. Fall<sup>923</sup>. establece unas condiciones de independencia, consistentes en lo siguiente<sup>924</sup>:

---

<sup>921</sup> Vid. JORIO A. (2010), **“Il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva”**, cit., pág. 988, *“Restano esclusi coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, ed abbiano in tali funzioni dato prova di adeguate capacità imprenditoriali. Il decreto correttivo ha quindi recepito le sollecitazioni, prevenienti essenzialmente dalle categorie professionali interessate, a che il professionista dovesse necessariamente essere un soggetto iscritto in un albo professionale”*; VERNA G. (2008), **“I nuovi accordi di ristrutturazione”**, cit., pág., 587, en el mismo sentido, diciendo que *“poco rilevano in un’indagine e in un giudizio professionale di natura eminentemente tecnica o tecnico-giuridica”*; MANDRIOLI L. (2009), **“La relazione del professionista nel piano di risanamento stragiudiziale attestato”**, cit., pág. 641, en el mismo sentido; LO CASCIO G. (2010), **“Il piano attestato di risanamento”**, cit., pág. 275; ZOCCA L. (2011), **“La relazione del professionista e sue responsabilità”**, cit., pág. 327; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 43, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág.436, en este sentido.

<sup>922</sup> Vid. LO CASCIO G. (2010), **“Il piano attestato di risanamento”**, cit., pág. 274, *“Quest’ultimo, pertanto, riveste una posizione di indipendenza e di terzietà, svolge un ruolo piuttosto delineato e necessario ed assicura una tutela ai creditori ed ai terzi”*; FABIANI M. (2011), **“Diritto fallimentare: un profilo organico”**, cit., pág. 697, apuntando la necesidad de independencia del experto independiente, dada la relevancia de su cargo, y siendo la razón por la que se exigen los dos requisitos antes mencionados; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 8, en este sentido; LOCATELLI F. (2013), **“Novità in tema di azione revocatoria fallimentare per favorire la continuità aziendale”**, cit., pág. 92, en este sentido, aludiendo a la necesidad de independencia del experto. Concluye diciendo que la independencia del experto se asegura por medio de un sistema de incompatibilidades; **Corte appello di Roma di 15 agosto 2012**, en este sentido; **Tribunale di Modena di 12 di giugno 2013**, en la que se hace una interpretación del sistema de incompatibilidades diciéndose lo siguiente:

<sup>923</sup> Vid. **Tribunale di Modena di 12 di giugno 2013**, en la que se hace una interpretación del sistema de incompatibilidades diciéndose lo siguiente: *“considerato preliminarmente che la definizione di indipendenza introdotta nell’art. 67, 3 c., lett. d), l. fall. prevede nella sua prima parte una formulazione particolarmente estesa: in primo luogo attribuisce rilevanza non solo a rapporti di tipo professionale, ma anche a rapporti di tipo personale con il debitore, che attengono alla più ampia sfera delle relazioni sociali in cui l’ambito di condivisione non è necessariamente connesso allo svolgimento di prestazioni lavorative; in secondo luogo, occorre precisare che non tutti i rapporti di tipo personale acquisiscono rilievo ex art. 67, 3 c., lett. d), l. fall., poiché è necessario che gli stessi siano strutturati e siano connotati da una intensità tale da incidere sull’autonomia del professionista attestatore ed alterarne l’indipendenza di giudizio: la richiamata disposizione, infatti, assegna al tribunale un potere discrezionale di valutazione in merito all’astratta idoneità del legame con il debitore a compromettere l’autonomia di valutazione del professionista nell’esame delle scritture contabili e del piano concordatario; in terzo luogo, la valutazione di tale*

- El experto independiente no podrá estar incurso en alguna de las causas de incompatibilidad establecidas en el artículo 2399 Cc Italiano. Este precepto dispone una serie de causas de incompatibilidad para ser síndico en la Sociedad Anónima. Estas causas son:
  - Las mencionadas en el artículo 2382 Cc Italiano<sup>925</sup>, referidas a la inhabilitación para ser administrador de una Sociedad. Serán todos aquellos sobre los que recae: prohibición, inhabilitación, declaración de concurso y los inhabilitados, por sentencia condenatoria, para ejercer cargos públicos.
  - Causas de parentesco: ser cónyuge o pariente consanguíneo o afín de cuarto grado (o menos) de quien desempeñe el control, administración o gestión de la empresa deudora.
  - Causas de relación con el deudor<sup>926</sup>: todos aquellos que tienen una relación estrecha con la sociedad deudora, y los que han desempeñado algún tipo de función para el deudor, de carácter patrimonial<sup>927</sup>, siempre que interfiera objetivamente en su independencia.

---

*idoneità a pregiudicare l'indipendenza di giudizio dell'attestatore deve essere effettuata ex ante, al momento del conferimento dell'incarico al professionista e dell'effettiva predisposizione della relazione ex art. 161, 3 c., l. fall., poiché è in tale momento che il professionista deve valutare ed attestare la propria indipendenza, senza che possano acquisire rilievo circostanze verificatesi successivamente"*

<sup>924</sup> Vid. LOCATELLI F. (2013), **"Novità in tema di azione revocatoria fallimentare per favorire la continuità aziendale"**, cit., pág. 93, *"Ed, invero, è previsto che il professionista sia, in ogni caso, in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 c.c. e non abbia, negli ultimi cinque anni, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, prestato attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo"*; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **"Commentario breve alla Legge Fallimentare"**, cit., pág. 1244, haciendo un elenco de los requisitos de independencia del experto; VALENSISE P. (2012), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare"**, cit., pág. 241, en la que divide el régimen de independencia del experto independiente, establecido en el art. 67 III d) Legg. Fall., en estas tres hipótesis; AMBROSINI S. (2012), **"Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134"**, cit., pág. 124, en este sentido; **Tribunale di Ravenna, Sez. Fallimentare di 10 ottobre di 2013.**

<sup>925</sup> El **artículo 2382 del Cc italiano**, dispone que *"Non può essere nominato amministratore, e se nominato decade dal suo ufficio, l'interdetto, l'inabilitato, il fallito, o chi è stato condannato ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi"*

<sup>926</sup> Vid. VALENSISE P. (2012), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare"**, cit., pág. 245, *"Inoltre, il professionista eligendo non deve essere legato alla società o alle società da questa controllare o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che no compromettano l'indipendenza."*

<sup>927</sup> Vid. VALENSISE P. (2012), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare"**, cit., pág. 247, en la que establece una hipótesis para definir el interés patrimonial, *"i profili di*

- No puede tener intereses<sup>928</sup> que puedan influir en el ejercicio de su función: el precepto legal precisa que no puede estar relacionado con el deudor, o bien con todos aquellos que tengan intereses en el Acuerdo de refinanciación<sup>929</sup>. Dada la dificultad de su prueba, la doctrina<sup>930</sup> precisa

*compromissione patrimoniale verificando quale sia la quantità dei ricavi derivante dalla collaborazione altrui destinata a rifluire sul patrimonio personale del professionista eligendo in rapporto all'entità del compenso per l'incarico ex art. 182-bis tenendo presente la sua posizione della compagine associativa. Seguendo questo criterio si potrebbe ritenere, in linea di massima, che l'indipendenza del professionista attestatore sia messa in pericolo tutte le volte in cui quest'ultimo si possa attendere dal rapporto di consulenza del suo associato un ritorno economico personale superiore a quello che gli deriva dalla retribuzione quale professionista incaricato ai sensi dell'art. 182-bis."*

<sup>928</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), "**Commentario breve alla Legge Fallimentare**", cit., pág. 437, en la que explica que el experto independiente no podrá tener intereses contrapuestos tanto con la evaluación el Acuerdo de Refinanciación, como con las personas afectadas por el mismo (deudor, acreedores, o personas realmente relacionadas con ellos.); MEO G. (2011), "**I piani attestati di risanamento**", cit., pág. 656, "*Deve semplicemente non avere alcun coinvolgimento nell'elaborazione del piano che è tenuto ad attestare, né rivestire una posizione di interesse, diretto o indiretto, al successo del piano ovvero alla prosecuzione dell'impresa anziché alla sua soggezione, se ve ne fossero i presupposti, a procedure di rigore*"; PACCHI S. (2013), "**La quinta etapa de la reforma concursal italiana**", cit., pág. 387, en la que remarca la independencia del experto diciendo que, "*quien certifica debe ser extraño a la empresa y a todos los que giran en torno a ella, no debe silenciar ninguna relación que mantenga o haya mantenido con la empresa, sino que debe revelarlo todo, ya que, en otro caso, el art. 236bis que sanciona penalmente por omitir información relevante*"; GALARDO M. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l'impresa**", cit., pág. 131, diciendo que si el experto independiente tiene intereses contrapuestos en el Acuerdo de Refinanciación, la demanda de homologación puede ser desestimada; LOCATELLI F. (2013), "**Novità in tema di azione revocatoria fallimentare per favorire la continuità aziendale**", cit., pág. 93, en este sentido; ROMANO D. (2013), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012**", cit., pág. 8, en este sentido; **Tribunale di Modena di 12 di giugno 2013**, en la que se explica que el experto independiente no puede tener intereses confluentes a la hora de elaborar el informe sobre el Acuerdo de Refinanciación. Así precisa que el experto no puede tener intereses económicos en la operación de refinanciación. Sin embargo, añade que no sólo los intereses económicos pueden influir sobre el experto, sino también cualquier tipo de interés. Así, todo experto que se vea influenciado por un interés en la operación de refinanciación, no podrá hacer el informe, ya que implicaría el incumplimiento de los requisitos para su homologación.

<sup>929</sup> Vid. TRENTINI C. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit., pág. 239, "*Particolare rilievo assume la precisazione che l'indipendenza deve predicarsi non soltanto con riferimento all'imprenditore in crisi, ma anche con riferimento, in termini generali, a tutti coloro che siano interessati all'operazione di risanamento, con ciò riferendosi quindi, in primo luogo, evidentemente, ai creditori; ma anche, eventualmente, alle persone fisiche dei componenti egli organi di amministrazione e di controllo, così come nei confronti di tutti i terzi i quali stipulino accordi di vario tipo che siano finalizzati alla ristrutturazione dei debiti*"; MEO G. (2011), "**I piani attestati di risanamento**", cit., pág. 655, en la que hablando de la independencia del experto que evalúa el Acuerdo de Refinanciación, dice que "*l'indipendenza deve riguardare piuttosto, l'atto che l'esperto è chiamato ad attestare*"; VALENSISE P. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**", cit., pág. 249, en el mismo sentido; AMBROSINI S. (2012), "**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**", cit., pág. 123, en este sentido.

<sup>930</sup> Vid. FRASCAROLI SANTI E. (2009), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale**", cit., pág. 144, "*Si deve, peraltro, accertare che il soggetto non si trovi in conflitto di interessi. A tal fine, anzi, il professionista deve attestare l'assenza di conflitto con una specifica dichiarazione allegata alla relazione*"; FAZZI L. (2011), "**Questioni in tema di accordi di**

que el experto deberá acreditar que no se halla en conflicto de intereses con el cargo.

- No puede haber sido empleado, subordinado o autónomo, al servicio del deudor, ni tampoco haber formado parte del órgano de administración o de control de la empresa deudora, en los 5 años anteriores a la fecha de aceptación del encargo<sup>931</sup>. Parte de la doctrina<sup>932</sup> consideraba (antes de la reforma legal del año 2012) que no debiera aplicarse, ya que el mero hecho de haber desempeñado una labor para el deudor, no es obstáculo para evaluar el Acuerdo de Refinanciación

---

**ristrutturazione dei debiti**", cit., pág. 4, "la necessità che il professionista, sul quale grava un delicato e rilevante compito verificativo ed attestativo, assicuri una certa indipendenza ed imparzialità rispetto al cliente, anche al fine di assicurare ai creditori non aderenti un maggior margine di garanzia rispetto alle affermazioni assertive ed accertative della relazione"; FABIANI M. (2011), "Diritto fallimentare: un profilo organico", cit., pág. 725, "Si può oltretutto annoverare tra i vari strumenti idonei ad aumentare le garanzie a favore dei terzi, la possibilità che il professionista allegghi alla sua relazione una specifica dichiarazione in cui attesti l'assenza di alcun conflitto d'interessi"; VALENSISE P. (2012), "Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare", cit., pág. 250, "nell'assumere tale impegno professionale dovrà certificare la propria situazione di indipendenza ai sensi del combinato disposto dell'art. 182-bis e dell'art. 67, comma 3, lett. d), l. Fall., assumendosene la responsabilità innanzi tutto nei confronti di chi gli affida l'incarico"

<sup>931</sup> Vid. PACCHI S. (2013), "La quinta etapa de la reforma concursal italiana", cit., pág. 387, "traza la independencia respecto a la empresa, a la actividad empresarial, lo que implica un área muy grande cuando la empresa es una sociedad. La independencia se da cuando no ha desarrollado labores profesionales para la entidad o para los administradores y si la sociedad es personalista, para los mismos socios"; VALENSISE P. (2012), "Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare", cit., págs. 242 y 243 en las que comenta esta causa de incompatibilidad para ser designado experto independiente. Concretamente precisa que el legislador ha establecido el mismo lapso temporal de 5 años, tanto para el que haya desempeñado una labor subordinada, como autónoma, en aras de la mayor independencia del experto. Igualmente destaca que el legislador ha incluido entre estas causas, la de haber ocupado determinados cargos dentro de la empresa deudora, lo cual justifica dada la estrecha relación con la gestión del patrimonio empresarial, lo que implica un interés patrimonial directo; LOCATELLI F. (2013), "Novità in tema di azione revocatoria fallimentare per favorire la continuità aziendale", cit., págs. 93 y 94; AMBROSINI S. (2012), "Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134", cit., pág. 124, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), "Commentario breve alla Legge Fallimentare", cit., pág. 437, en este sentido. Añade que tampoco puede ser parte de los órganos de la sociedad.

<sup>932</sup> Vid. AMBROSINI S. (2010), "Gli accordi di ristrutturazione dei debiti", cit., pág. 1145, "La giurisprudenza di legittimità, tuttavia, ha comprensibilmente preferito l'interpretazione più aderente a quella letterale della legge, affermando che, in tema di attestazione della vericità dei dati aziendali e della fattibilità del piano proposto con la domanda di ammissione al concordato preventivo, la relativa relazione può essere redatta anche da un professionista che abbia già prestato la sua attività professionale in favore del debitore, non configurando più tal circostanza condizione di incompatibilità alla predetta nomina"; ZOCCA L. (2011), "La relazione del professionista e sue responsabilità", cit., pág. 328, "la Suprema Corte non ha ravvisato incompatibilità in relazione ad un professionista che aveva in precedenza svolto l'incarico di consulente di parte della società proponente"; VALENSISE P. (2010), "La Legge Fallimentare dopo la riforma", cit., pág. 274, en la que considera que la exclusión del sistema de incompatibilidad del art. 28 III Legg. Fall. no es casual, sino que el legislador no ha querido introducirlas debido a que se desprenden del propio ejercicio de su función.

De la lectura del precepto, puede verse que no se menciona el régimen de incompatibilidad establecido en el artículo 28 III Legg. Fall., para la Administración Concursal. Sin embargo, la doctrina mayoritaria<sup>933</sup> considera que igualmente deberá ser aplicado, ya que se desprende del propio ejercicio de su función.

### 3.3.4 Como asegurar la independencia del experto.

El legislador italiano, prevé la necesidad de un procedimiento de homologación del Acuerdo de Refinanciación para su tipicidad. Como ya dijimos en el Capítulo primero, el procedimiento de homologación conlleva la oposición de los acreedores, además de un control judicial del acuerdo.

Por ello, los medios de controlar el cumplimiento de los requisitos subjetivos del experto independiente, además de asegurar su régimen de independencia reside en el proceso de homologación<sup>934</sup>.

### 3.3.5 Conclusiones en Derecho Italiano.

Como hemos podido apreciar, el experto independiente realiza una función de gran importancia respecto al Acuerdo de Refinanciación. Es quien efectúa el primer control, y el más profundo, sobre la coherencia, veracidad y viabilidad del Acuerdo y del Plan de Viabilidad que lo acompaña.

---

<sup>933</sup> Vid. JORIO A. (2010), **“Il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva”**, cit., pág. 988, quien basa la extensión de estas causas de incompatibilidad en base a una interpretación constitucional de la norma, diciendo *“Non è previsto il riferimento al 3º co. dell art. 28, e quindi, tra l’altro, ad una incompatibilità a redigere l’attestazione per chi abbia svolto attività di consulenza nei due anni anteriori. Ma il requisito dell’indipendenza che deve connotare la figura del professionista chiamato ad attestare la vericità dei dati aziendali esposti dal debitore e la fattibilità del piano dovrebbero comunque derivare, anche dopo l’intervento del decreto correttivo, come correttamente osservato, dall’interpretazione costituzionalmente orientata della norma, risultando discutibile che essi sia prescritto per il curatore e per il commissario giudiziale, ma non anche per l’esperto, data l’estrema rilevanza della sua funzione certificativa”*; AMBROSINI S. (2010), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 1145, en el mismo sentido, y apuntando también la extensión de la norma en base a una interpretación constitucional de la coherencia de la misma; ZOCCA L. (2011), **“La relazione del professionista e sue responsabilità”**, cit., pág. 328, *“Il che però non esclude che possa ragionevolmente ritenersi incompatibile il professionista che si trovi in una delle situazioni previsti dall’ult. co. dell’art. 28 l. Fall., secondo la formulazione della riforma: coniuge, parenti ed affini entro il quarto grado del debitore, creditori di questo e che ha concorso al dissesto dell’impresa durante i due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento – equiparando in questa sede al termine fallimento quello di concordato preventivo- nenché chiunque si trovi in conflitto di interessi con la procedura”*; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., pág. 44, en este sentido.

<sup>934</sup> Tanto la oposición a la demanda de homologación como el control judicial de oficio, serán estudiados en el capítulo siguiente.

Así, la tipicidad del Acuerdo depende en gran medida del informe que realice el experto independiente. Es requisito sine qua non para que el Juez proceda a la homologación del Acuerdo de Refinanciación.

Igualmente destaca la función instructora del informe del experto independiente. Por medio de su informe el Tribunal se encuentra en disposición de examinar el Acuerdo de Refinanciación en sede homologatoria. De lo contrario sería imposible hablar de un procedimiento de homologación válido

El experto independiente será designado por el deudor que efectúa el encargo, lo que hace peligrar la independencia del experto. A diferencia del régimen español, en que la designación compete al Registrador Mercantil.

Sin embargo, el legislador italiano ha dispuesto los mecanismos procesales oportunos y suficientes para asegurar que el experto sea realmente independiente.

Por medio del requisito de la homologación del Acuerdo de Refinanciación, se procura que los acreedores puedan oponerse a la tipicidad del Acuerdo de Refinanciación, en base a la parcialidad del experto independiente.

Igualmente, en el caso en que no se hayan efectuado oposiciones a la homologación del Acuerdo de Refinanciación, se prevé que el Juez, de oficio, efectuará un control sobre el Acuerdo de Refinanciación. Es el otro mecanismo para asegurar el cumplimiento de los requisitos del Acuerdo, entre otros, la independencia del experto.

Por consiguiente, podemos decir que el sistema italiano resulta más completo que el sistema español, habida cuenta que impone el requisito del informe del experto. Su independencia queda asegurada por medio del procedimiento para la homologación del Acuerdo de Refinanciación.

### **3.4 Conclusiones comparadas del experto independiente.**

Como hemos visto, en la **regulación española** no se efectúa ningún tipo de control sobre el Acuerdo de Refinanciación y su contenido.

Por ello se exige la homologación del Acuerdo de Refinanciación, para que pase por un control judicial. Sin embargo no puede exigírsele al Juez que, en sede homologatoria, haga un examen de la viabilidad, proporcionalidad e idoneidad del Acuerdo.

Así se precisa un control a priori, efectuado por un experto independiente. De esta manera el Juez puede revisar el contenido del Acuerdo de Refinanciación, sin llegar dilatarse el procedimiento, nombrado a un experto en sede homologatoria.

Este experto tendrá que ser totalmente imparcial, viéndose sometido a un régimen de incompatibilidades realmente exigente:

- Las incompatibilidades propias, reconocidas en el artículo 71 bis LC, que son aquellas referidas a los auditores de cuentas, a los Administradores Concursales y a quien haya efectuado el Plan de Viabilidad.
- Las incompatibilidades tácitas, recogidas en el procedimiento de recusación del experto independiente. Serán las establecidas para la tacha y recusación de peritos, Jueces y Magistrados.

Este experto independiente podrá ser recusado. Sin embargo, ésta sólo podrá interponerse antes de que el experto emita su informe. El problema que se nos plantea es que haya acreedores que desconozcan la tramitación del Acuerdo de Refinanciación, así como la designación de un experto evaluador.

Para evitar este problema, el legislador español introduce un sistema de publicación de la fase de negociación del Acuerdo (art. 5 bis LC). No obstante, la publicación de la comunicación del inicio de las negociaciones se sustrae a la decisión del deudor. Si no se publica esta Resolución, los acreedores no conocerán que se está designando a un experto independiente, impidiendo así su recusación.

Por consiguiente, la recusación será imposible para los acreedores minoritarios con quienes no se haya tratado el Acuerdo, pues no tendrán oportunidad de conocer al experto y por ende de recurrarlo.

El **Derecho italiano**, considera que el informe del experto es esencial para la tipicidad del Acuerdo de Refinanciación. El informe es el primer juicio técnico sobre la corrección y viabilidad del Acuerdo.

Este experto independiente podrá ser designado directamente por el propio deudor que efectúa el encargo.

Su régimen de incompatibilidades viene expresamente precisado en el artículo 67 III d) Legg. Fall. Es un sistema de incompatibilidades más abierto que el previsto en el régimen español. A esto hay que añadirle que no se prevé un sistema de recusación del experto, ya que ha sido designado directamente por el deudor.

Sin embargo, y aunque a simple vista pueda parecer que no se asegura una completa independencia del experto, el legislador prevé mecanismos para asegurar su imparcialidad.

Es bien cierto que no se prevé un sistema de recusación, ni tampoco es tan taxativo el régimen de incompatibilidades, pero el informe del experto independiente, así como su imparcialidad, podrá ponerse en entredicho.

El legislador somete la tipicidad del Acuerdo de Refinanciación a un procedimiento de homologación. En él, se podrá instar la oposición a la homologación del mismo, en base a cualquier tipo de motivos.

Así, cualquier interesado podrá poner en conocimiento del Juez que el experto no es independiente. Además podrá hacerlo en tiempo, ya que se prevé un sistema de publicación de la demanda de homologación.

Es mas, para el caso en que no se planteen oposiciones a la homologación, el Juez efectuará un control sobre el Acuerdo de Refinanciación, incluido el informe del experto independiente. Por ello, en caso en que aprecie que el experto ha obrado de forma parcial denegará la homologación, y con ella, la tipicidad del Acuerdo.

Por tanto, **podemos concluir** que el informe del experto independiente y el procedimiento de homologación se necesitan mutuamente, como observamos en el modelo italiano.

Así, el procedimiento de homologación requiere del informe para poder examinar el Acuerdo de Refinanciación completamente<sup>935</sup>. El informe del experto

---

<sup>935</sup> Vid. PALUCHOWSKI A (2011), "**Art. 182 bis tra Diritto Processuale, contenuti sostanziali e controllo giurisdizionale**", cit., pág. 5, "*ocorre esaminare la relazione di attestazione del professionista, sotto il profilo della analiticità dell'elaborato e della sua completezza, caratteristiche che debbono sussistere sempre e che si comprendono se si pone mente alla duplice funzione della relazione che [...] dall'altra di dare al Tribunale gli elementi di giudizio per l'omologa, visto che nell'accordo di ristrutturazione manca un comisario come nel concordato preventivo che svolga le indagini che, di regola, sono contenute nella relazione ex art. 172 l. falle d un parere definitivo per l'omologa ex art. 180.*"; SAVIOLI G. (2010), "**L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa**", cit., pág. 7, en el mismo sentido; GALLETI D. (2006), "**I piani di risanamento e di ristrutturazione**", cit., pág. 6, en el mismo sentido; GIORGETTI M. (2013), "**Accordi di Ristrutturazione**", cit., pág. 42, en este sentido, sobre la necesidad del informe del Acuerdo de Refinanciación, aunque no fuere un requisito para la tipicidad del Acuerdo; LOCATELLI F. (2013), "**Novità in tema di azione revocatoria fallimentare per favorire la continuità aziendale**", cit., pág. 98, en este sentido; MARCHEGIANI L. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**", cit., pág. 51, en la que dice que a través del informe del experto independiente, y del procedimiento de homologación, se puede dotar de seguridad jurídica a los Acuerdos de Refinanciación; CASTIELLO D'ANTONIO A. (2013), "**Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali**", cit., pág. 317, en este sentido. Dice que en caso contrario, la protección otorgada pudiera ser desmerecida; AMBROSINI S. (2012), "**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**", cit., págs. 132 y 133, en las que expone que el Tribunal precisa del informe del experto para poder examinar el Acuerdo de Refinanciación; MAFFEI ALBERTI A. (2013), "**Commentario breve alla Legge Fallimentare**", cit., págs. 1244, en este sentido, diciendo que el informe del experto independiente tiene una función instructora en el procedimiento de homologación; PULGAR EZQUERRA J. (2012), "**Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación**", cit., pág. 497, en este sentido; RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), "**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**", cit., pág. 82, en este sentido, hablando de la imprescindibilidad del

exige el procedimiento de homologación para tutelar los derechos de los acreedores frente a la posible parcialidad del experto o del informe.

Como decíamos, se necesita el procedimiento de homologación para que la inatacabilidad de los pactos contenidos en el Acuerdo de Refinanciación no vulnere el derecho de defensa de los acreedores.

Para que el procedimiento de homologación sea viable y cumpla la finalidad tutelante, necesita el informe de un experto independiente. Por ello, será necesario<sup>936</sup> volver a la exigencia del informe del experto para la tipicidad del Acuerdo.

Con ello, nos surge el problema de la independencia del experto, y las posibilidades de recusación. Sin embargo, siguiendo el modelo italiano, el problema se soluciona a través del procedimiento de homologación.

Por medio de la implementación de estos dos requisitos, se asegura una tutela judicial efectiva de los intereses de los acreedores disidentes. Tal y como prevé el sistema italiano.

---

control que efectúa el Acuerdo de Refinanciación; PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, cit., pág. 55, diciendo que el experto independiente es el único encargado de examinar el contenido del Acuerdo, constituyendo así una instrucción al Juez de lo Mercantil que homologaría el Acuerdo de Refinanciación.

<sup>936</sup> Vid PULGAR EZQUERRA J. (2014), **“Ley 17/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”**, cit., pág. 11, en este sentido, clamando que vuelva a ser introducido en el artículo 71 bis LC, el requisito del informe favorable del experto independiente, conforme quedó legislado tras la reforma por la Ley 14/2013 de 27 de septiembre.

## Capítulo 4. El proceso de homologación y la tutela de los derechos de los acreedores.

El legislador italiano ha dispuesto que para la tipicidad del Acuerdo de Refinanciación, será necesario homologarlo judicialmente. En caso contrario no será más que un contrato inter partes, desprovisto de los escudos protectores que se prevén en la Legge Fallimentare.

A través de este procedimiento de homologación se consigue tutelar efectivamente los derechos de las partes, tanto del deudor, como de los acreedores (adheridos y no adheridos) y los intereses públicos.

Por medio de este procedimiento de homologación se solucionan los dos problemas de mayor relevancia en el régimen de los Acuerdos de Refinanciación:

- La irrevocabilidad de los actos jurídicos de ejecución del Acuerdo podría ser completa sin llegar a afectar a los derechos de los acreedores. Como vimos en el régimen español, la irrevocabilidad no es completa, lo que deja desprotegidos al deudor y a los acreedores firmantes del acuerdo. Sin embargo, en el régimen italiano se habla de una irrevocabilidad completa, lo que puede llevar a una desprotección de los acreedores no firmantes del Acuerdo. A través de un procedimiento de homologación se tutelan los intereses de los acreedores disidentes concediéndoles medios para evitar la tipicidad del Acuerdo de Refinanciación, y así una irrevocabilidad injusta.
- La independencia del experto independiente quedaría asegurada: en la legislación española no existe un medio para que pueda asegurarse plenamente la imparcialidad del experto, lo que daría lugar a un informe totalmente contaminado. Si bien en el Derecho italiano, al preverse un procedimiento de homologación, se efectuará un control de la imparcialidad del experto, así como la posibilidad de invalidar el informe para el caso en que no fuere correcto. De esta forma se asegurará el cumplimiento de este requisito. Así la tipicidad del acuerdo quedaría totalmente justificada.

Puesto que ya hemos explicado el procedimiento de homologación, nos centraremos en los dos medios que tutelan efectivamente los derechos de las partes:

- La posibilidad de oposición a la homologación del Acuerdo de Refinanciación, por parte de cualquier interesado.

- El control judicial de oficio, con independencia de que se hayan presentado o no oposiciones a la homologación del Acuerdo de Refinanciación.

## 4.1 La oposición a la demanda de homologación del acuerdo de refinanciación.

El medio que tienen los acreedores, y demás interesados, para evitar la homologación del Acuerdo de Refinanciación, es la **oposición a la demanda de homologación**<sup>937</sup>, regulada en el artículo 182 bis Legg. Fall.

Hemos de precisar que no es necesario que el deudor interponga la demanda de homologación del Acuerdo de Refinanciación. La doctrina<sup>938</sup> opina que el procedimiento también puede iniciarse con la proposición de la oposición ante el Tribunal competente. En este caso el deudor tendrá que hacer valer su pretensión de homologación del Acuerdo ante el mismo Tribunal.

La legitimación para proponer oposición a la homologación del Acuerdo de Refinanciación, recae sobre los acreedores, y sobre cualquier otro interesado, según

---

<sup>937</sup> Vid. FRASCAROLI SANTI E. (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale”**, cit., pág. 154, diciendo que la oposición en la forma de tutelar los intereses de los acreedores y de los terceros, apuntando que *“Non va dimenticato, poi, che a tutela dei signoli interessi e di quelli più generali, è previsto un sistema di opposizioni per cui i creditori estranei, i creditori aderenti e qualsiasi terzo interessato sono legittimati a proporre opposizione all’omologazione, secondo il regime previsto dall’art. 182-bis”*; TRIPALDI V. (2011), **“Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali, AAVV a cura di TRISORIO G, Edit. Giuffrè, Milano, págs. 362 y 363, *“Contro l’omologazione da parte del tribunale può essere proposta opposizione, entro trenta giorni dalla pubblicazione, da parte dei creditori, sia aderenti sia dissenzienti, e di ogni altro interessato (si può pensare a eventuali coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso)”*; DI MAJO A. (2011), **“Accordi di ristrutturazione”**, Trattato delle procedure concorsuali, AAVV a cura di GHIA L./PICCINNI/SEVERINI F., Edit. UTET Giurifica, Vol IV, Torino, pág. 691, en el mismo sentido; GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., pág. 135, en este sentido.

<sup>938</sup> Vid. FABIANI M. (2011), **“Diritto Fallimentare: un profilo organico”**, cit., pág. 703, *“E chiaro che un procedimento debba, in ogni caso, essere avviato, sia che questo venga attivato prima da un opponente o prima dal debitore [...]. In tal contesto, applicando i principi in tema di impugnazioni incidentali, proposta per prima la richiesta di omologazione, il ricorso in opposizione potrà essere promosso in via incidentale e viceversa se risulta radicata per prima l’opposizione, sarà la richiesta di omologazione ad essere introdotta in via incidentale”*; FABIANI M. (2010), **“Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento”**, cit., pág. 6, en la que se pronuncia en el mismo sentido, contemplando esta opción, añadiendo que, aunque el proceso de homologación comience con la oposición, el deudor tendrá que inscribir el Acuerdo de Refinanciación, a efectos, tanto de eficacia, como para que comience el plazo para formular el resto de oposiciones. Será preciso que transcurra este plazo, ya que el Tribunal no podrá organizar el proceso en tanto no transcurran los 30 días fijados para plantear oposición a la homologación del Acuerdo de Refinanciación.

el tenor literal del artículo 182 bis IV Legg. Fall. Habrá que especificar cada una de las personas legitimadas:

- Los acreedores que no se han adherido al Acuerdo de Refinanciación<sup>939</sup>. No cabe duda de que todos los acreedores que no hayan secundado el Acuerdo de Refinanciación, tendrán interés contrario en su homologación.
- Los acreedores que se han adherido al Acuerdo de Refinanciación. Será preciso que acrediten que desconocían la circunstancia que motiva su oposición<sup>940</sup>, en el momento de formalizar la adhesión.

---

<sup>939</sup> Vid. AMBROSINI S. (2010), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 1159, “*costoro infatti possono non essere persuasi dell’effettiva idoneità dell’accordo ad assicurare il loro integrale e puntuale pagamento, o possono voler evitare che, per effetto dell’omologazione, si produca l’esonazione da revocatoria nell’eventuale successivo fallimento*”; FABIANI M. (2011), “**Diritto Fallimentare: un profilo orgánico**”, cit., pág. 704, en este sentido; FRASCAROLI SANTI E. (2009), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale**”, cit., pág. 148; DI MAJO A. (2011), “**Accordi di ristrutturazione**”, cit., pág. 691, en el mismo sentido; FABIANI M. (2010), “**Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento**”, cit., pág. 7, en el mismo sentido; PROTO C. (2006), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 137, en el mismo sentido; TRENTINI C. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 288, en el mismo sentido; ROMANO D. (2013), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012**”, cit., pág. 9, en este sentido; GALLARDO M. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa**”, cit., pág. 135, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., págs. 21, 22, 61 y 62, en este sentido.

<sup>940</sup> Vid; FABIANI M. (2011), “**Diritto Fallimentare: un profilo organico**” cit., pág. 704, “*in quanto non può essere certo escluso un teresse del creditore aderente ad opporsi all’omologa le quante volte dal momento in cui ha prestato l’adesione al momento dell’omologazione si possono scoprire eventi prima non dichiarati e tali che se conosciuti avrebbero determinato una diversa scelta sul prestare il consenso*”; AMBROSINI S. (2010), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 1159, en este sentido; FRASCAROLI SANTI E. (2009), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale**”, cit., pág. 148, en el mismo sentido; FABIANI M. (2010), “**Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e proceso per fallimento**”, cit., pág. 7, en el mismo sentido; DI MAJO A. (2011), “**Accordi di ristrutturazione**”, cit., pág. 691, en el mismo sentido, justificando esta legitimación en base a que el Acuerdo de Refinanciación no es un contrato, por lo que no supone un atentado contra lo actos propio, diciendo “*L’intera dattispecie così delineta, sis sottrae alle normali categorie del diritto dei contratti, per iscriversi in quella delle soluzioni negoziali alla crisi di impresa, alternative al fallimento. In essa non trovano dunque collocazione i rimedi di diritto comune relativi ai negozi e ai contratti*”; PROTO C. (2006), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 137, en el mismo sentido, apuntando que, no supone ir contra los actos propios, siempre y cuando se pruebe que el acreedor, en el momento de formalizar su adhesión, desconocía la causa que le ha llevado a formular oposición a la homologación; TRENTINI C. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 290, en el mismo sentido, añadiendo que son muy escasas las situaciones en las que los acreedores adheridos al Acuerdo de Refinanciación, se opongan al mismo, diciendo que son supuestos de hecho teóricos, que casi no tienen incidencia en el ámbito práctico del Derecho; ROMANO D. (2013), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012**”, cit., pág. 9 en este sentido; GALLARDO M. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa**”, cit., pág. 136, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., págs. 21, 22, 61 y 62, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla**

- Cualquier otro interesado que demuestre un interés legítimo en el destino del Acuerdo de Refinanciación. La doctrina<sup>941</sup> justifica la legitimación de cualquier interesado, ya que la homologación del Acuerdo de Refinanciación puede afectar a terceras personas. Será preciso que acrediten un interés suficiente<sup>942</sup> en el Acuerdo.

---

**Legge Fallimentare**", cit., pág. 1251, en este sentido, añadiendo que sólo podrán oponerse a la homologación siempre que no suponga una mera revocación del consentimiento prestado.

<sup>941</sup> Vid. AMBROSINI S. (2010), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit., págs. 1159 y 1160, en las que establece una hipótesis sobre un interesado, como es el acreedor del acreedor adherido al Acuerdo de Refinanciación. Respecto a esto dice "*Quanto ai soggetti interessati a che l'accordo non sia omologato, vengono in evidenza, anzitutto, i creditori dei creditori aderenti, giacché per effetto di tale intesa il credito verso il debitore che costoro potrebbero rendere oggetto di pignoramento presso terzi è destinato a ridursi*". Otra hipótesis que plantea es la del socio ilimitadamente responsable, sobre el que dice que "*Specularmente, potrebbero essere interessati ad impedire l'omologazione dell'accordo proposto da una società con soci illimitatamente responsabili anche questi ultimi, sulla scorta del fatto che, ove invece gli amministratori evessero optato per la soluzione del concordato preventivo, detti soci avrebbero potuto fuire dell'esdebitazione ex art. 184, 2<sup>o</sup>co.*"; FRASCAROLI SANTI E. (2009), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale**", cit., pág. 147, en la que se pronuncia en el mismo sentido, considerando que el interés suficiente reviste un carácter económico aunque sea indirecto ("*tale interesse può avere una rilevanza economica anche solo indiretta*"). Igualmente pone como ejemplo el socio ilimitadamente responsable de la Sociedad. Concluye en la página 160 diciendo que la justificación de esta legitimación tan amplia, reside en el carácter público de los intereses tutelados en el proceso de homologación del Acuerdo de Refinanciación, diciendo "*Qualunque interessato va, quindi, individuata come espressione di concorsualità che caratterizza il procedimento in questione, alla stregua degli altri procedimenti, essendo, infatti, preordinato alla tutela anche di interessi pubblici*"; FABIANI M. (2010), "**Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento**", cit., pág. 7, en el mismo sentido, apuntando que el proceso de homologación tutela intereses públicos; TRENTINI C. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit., págs. 292 a 294, en las que reseña una serie de hipótesis sobre los sujetos que pueden estar legitimados para oponerse a la homologación, en base a su interés patrimonial, y otras hipótesis en las que no están legitimados, ya que su interés no es suficiente; AMBROSINI S. (2012), "**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**", cit., pág. 22, en este sentido.

<sup>942</sup> Vid. AMBROSINI S. (2010), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit., pág. 1159, quien dice que serán interesados a efectos de oposición "*tutti i soggetti appartenenti alle categoria fin qui enunciate debbono essere portatori, onde poter efficacemente proporre opposizione, di un interesse attuale e concreto in senso contrario all'omologazione, analogamente a quanto accade in materia di impugnazione*"; AMBROSINI S. (2012), "**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**", cit., pág. 23, en este sentido; FABIANI M. (2011), "**Diritto Fallimentare**", cit., pág. 704, en el mismo sentido, añadiendo que no se trata de un interés actual y determinado en un sentido civilista. Sino que consiste en toda aquella persona cuyos derechos subjetivos se ven afectados por la homologación del Acuerdo de Refinanciación, diciendo "*i soggetti legittimati ad apporsi sono soltanto coloro che vantano posizioni di diritto soggettivo che dall'omologazione degli accordi potrebbero subire una modifica (evidentemente peggiorativa)*"; FABIANI M. (2010), "**Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento**", cit., pág. 7, en el mismo sentido; DI MAJO A. (2011), "**Accordi di ristrutturazione**", cit., pág. 691, en el mismo sentido, basando su posición en el interés público que persigue tutelar el proceso de homologación del Acuerdo de Refinanciación; PROTO C. (2006), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit., pág. 138, quien considera que el interés suficiente no radica en la irrevocabilidad de los actos de ejecución del Acuerdo, ni en un interés público, sino que reside en un interés económico o patrimonial, aunque fuere indirecto; TRENTINI C. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit., pág. 291, en la

- El Ministerio Fiscal. Parte de la doctrina<sup>943</sup>, así como la jurisprudencia<sup>944</sup>, considera que el Acuerdo de Refinanciación incide en el interés general,

que considera que el interés suficiente puede patrimonial, o extrapatrimonial. Lo que realmente determina el interés, a efectos de legitimación, es un interés, actual y concreto, que se ve perjudicado por la homologación del Acuerdo de Refinanciación; GALLARDO M. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa**”, cit., pág. 59; VALENSISE P. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit., pág. 439, en el mismo sentido; ROMANO D. (2013), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012**”, cit., pág. 9, en este sentido diciendo que en estos casos se tendrá que acreditar un interés económico suficiente y cierto; **Tribunale di Bologna di 17 novembre 2011**, “*In tema di legittimazione ad agire, dottrina e giurisprudenza hanno in più occasioni affermato che con l’espressione qualunque interessato la legge ha inteso garantirsi l’afflusso della maggiori quantità possibile di elementi utili al giudizio*”; **Tribunale di Ravenna, Sez. Fallimentare di 10 ottobre di 2013**.

<sup>943</sup> Vid. FRASCAROLI SANTI E. (2009), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale**”, cit., pág. 156, en la que habla del carácter público de este procedimiento, hipotizando sobre una posible declaración de concurso tras el deniego de la demanda de homologación. Justifica la intervención del Ministerio Público, en base a que puede oponerse a la homologación del Acuerdo en base al estado de insolvencia del deudor, diciendo “*Disposizione che verrebbe quindi, a confermare l’attenzione nel procedimento in questione alla tutela degli interessi generali. Difatti, in caso di rigetto dell’omologazione i poteri del pubblico ministero potrebbero essere attivati sulla base della segnalazione intervenuta al riguardo da parte dal tribunale, al fine di una proposizione dell’istanza di fallimento, a norma dell’art. 7, n. 2, legge fallim.*”; FABIANI M. (2010), “**Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento**”, cit., págs. 7 y 8, en las que explica el carácter público del proceso de homologación, y cómo la doctrina mayoritaria atribuye legitimación al Ministerio Fiscal, como representante de los intereses de una comunidad (“*interesse superindividuale*”), sin embargo, posteriormente explica su posición por la que niega la legitimación del Ministerio Público; FAZZI L. (2011), “**Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág., 7, en la que expone que el Ministerio Fiscal estará legitimado en base al interés público tutelado en el proceso de homologación del Acuerdo de Refinanciación. Concretamente “*portatore dell’interesse della collettività ad evitare il mantenimento sul mercato di imprese decotte per le quali è previsto un piano di risanamento non realizzabile o comunque inidoneo ad assicurare el pagamento dei creditori non aderenti*”; TRENTINI C. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 295, en la que considera que el Ministerio Fiscal siempre estará legitimado para oponerse a la homologación del Acuerdo de Refinanciación, ya que, éste incide sobre un interés público, lo que se manifiesta cuando dice “*la legittimazione dell’organo pubblico andrebbe rivenuta nell’interesse della collettività ad evitare il mantenimento sul mercato di un’impresa [...] e comunque si giustificerebbe in ragione dell’interesse pubblico generale al corretto funzionamento del mercato*”; VALENSISE P. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit., pág. 440, en la que justifica la legitimación del Ministerio Fiscal, en base a una aplicación analógica del artículo 161 V Legg. Fall; ROMANO D. (2013), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012**”, cit., pág. 9, en este sentido.

<sup>944</sup> Vid. **Corte d’Appello l’Aquila di 10 ottobre 2012, num. 1139**, “*Lo stesso Pubblico Ministero, cui deve essere comunicata la proposta do concordato può indicare al commissario ed al Tribunale il venir meno delle condizioni prescritte per l’ammissibilità del concordato. Inoltre, i poteri istruttori che sembrerebbero esclusi dal combinato disposto del commi 3 e 4 dell’art. 180 l.f., possono riemergere con l’applicazione analógica dei principi di cui all’art. 738 c.p.c.*”; **Tribunale di Ravenna, Sez. Fallimentare di 10 ottobre di 2013**, en la que expone que el Acuerdo de Refinanciación revierte un interés público, ya que no sólo afecta a los acreedores adheridos, sino a los acreedores disidentes, a tercero relacionados con el deudor, y al propio tráfico jurídico. Así se exige un elevado porcentaje de ratificación, así como la legitimación del Ministerio Fiscal, quien recibirá traslado de la demanda de homologación del Acuerdo de Refinanciación, no estando obligado a formular oposición alguna; **Tribunale di Milano, Sez. II, di 27 di marzo 2010**; **Tribunale di Milano, Sez. II, di 25 di marzo 2010**, en este mismo sentido; **Tribunale di Milano, Sez. II, di 15 di ottobre 2009**; **Tribunale di Milano, Sez. II di 23 di gennaio 2007**; **Tribunale di**

siendo Ministerio Fiscal el representante del interés público, aunque esto tendrá que evaluarlo el propio Fiscal. Otra parte de la doctrina<sup>945</sup> considera que sólo podrá atuar como interesado sin legitimación (“adesivo dependiente”)

El plazo para interponer oposición es de 30 días desde la fecha en que se publicó el Acuerdo de Refinanciación en el Registro de la Empresa (ex art. 182 bis IV Legg. Fall.<sup>946</sup>). Parte de la doctrina<sup>947</sup> considera que el plazo no se suspende en los días festivos, mientras que otra parte<sup>948</sup> opina que sí se somete a la suspensión en días feriados.

---

**Roma di 20 di maggio 2010**, en la que se dice expresamente que se le tendrá que dar traslado obligatorio de la demanda de homologación al Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal no está obligado a formalizar oposiciones, sin embargo sí tendrá que evaluar si se opone a la homologación o no, por lo que necesariamente se le considerará legitimado.

<sup>945</sup> Vid. FABIANI M. (2011), **“Diritto Fallimentare: un profilo organico”**, cit., pág. 704, *“Nei limiti in cui questo intervento sia ammesso, è decisamente preferibile la tesi secondo la quale il ruolo del p.m. che interviene facoltativamente è quello dell’interveniente adesivo dependente, con conseguente limitazione, sul piano delle domande, a quelle introdotte dalle parti principali”*; FABIANI M. (2010), **“Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento”**, cit., pág. 8, en el mismo sentido, y afirmando que esta es su posición personal al respecto; **Tribunale di Reggio Emilia di 27 di agosto 2011, num. 1337**, en la que se posiciona diciendo que la intervención del Ministerio Fiscal será adhesiva.

<sup>946</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1251, *“Il 4º co. dell’art. 182 bis stabilisce che dalla data della pubblicazione decorre il termine di trenta giorni, per la proposizione delle eventuali opposizioni da parte dei creditori e di ogni altro interessato”*; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 148, en el mismo sentido.

<sup>947</sup> Vid. FABIANI M. (2011), **“Diritto fallimentare: un profilo organico”**, cit., pág. 703, en la que habla que el procedimiento admite oposición a la homologación en un plazo máximo de 30 días desde la fecha de publicación del Acuerdo de Refinanciación, añadiendo que *“per queste è fissato un termine (ovverosia quello di trenta giorni dalla pubblicazione del registro delle imprese), da considerare termine perentorio ma non soggetto alla sospensione feriale (pur in quanto termine processuale) perchè se l’oggetto del processo è speculare a quello per dichiarazione di fallimento dovrebbe trovare applicazione la regola fissata per questo.”*;

<sup>948</sup> Vid. AMBROSINI S. (2010), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 1148, *“L’articolo in commento, a4º com., fissa il termine di trenta giorni dalla pubblicazione entro il quale i creditori ed ogni altro interessato hanno facoltà di proporre opposizione. Si tratta di termine perentorio, nonché, data la non assimilabilità degli accordi di ristrutturazione al concordato preventivo, soggetto alla sospensione feriale”*; FRASCAROLI SANTI E. (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale”**, cit., pág. 149, en el mismo sentido; FAZZI L. (2011), **“Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 6, en este sentido; TRENTINI C. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 298 y 299, justificando que este plazo se somete a la suspensión por días festivos, ya que en defecto de una regla especial, se aplica la regla general de suspensión, establecida en el art. 36-bis Legg. Fall. Así dice, *“il fondamento della sospensiva viene piuttosto rinvenuto nel carattere generale della sospensiva den c.d. periodo feriale (e il disposto dell’art. 36-bis l. Fall –che esclude che si dia luogo a sospensione per il periodo feriale per i termini dei reclami ex artt. 26 e 36 l. Fall – lascia chiaramente intendere che anche a tutti i termini previsti dalla legge fallimentare si applica la disciplina generale; s’intende, data salva l’espressa disposizione contraria)”*; VALENSISE P. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., pág. 436 y 437, en la que explica que será sometido a la suspensión en días feriados, ya que, a falta de regla excepcional (art. 36 bis Legg. Fall.), se aplica la regla general que admite la suspensión del plazo en los días festivos.

En caso en que se presente oposición fuera del plazo establecido, se considerará precluida. Sin embargo, sí se admite que quien presente la oposición fuera del plazo establecido, podrá quedar en el proceso como interesado sin legitimación<sup>949</sup>.

Dado que el “dies a quo” para presentar oposición en la fecha de publicación del Acuerdo de Refinanciación, será necesario ahondar en el sistema de publicación previsto legalmente.

Respecto a la definición de “publicación” (“pubblicazione”), la doctrina<sup>950</sup> lo considera como inscripción<sup>951</sup>. El deudor tendrá que inscribir el Acuerdo de Refinanciación en el Registro Mercantil<sup>952</sup>. Pocos son los autores<sup>953</sup> que se muestran contrarios a este concepto de “publicación”.

---

<sup>949</sup> Vid. FABIANI M. (2011), “**Diritto Fallimentare: un profilo organico**”, cit., pág. 704, “*per l’introduzione dell’opposizione è fissato un termine perentorio, l’intervento nel procedimento non può surrogare la mancata opposizione il che ci porta a concludere che l’intervento, da chiunque venga operato, potrà essere catalogato come adesivo dipendente, ovverosia un intervento che non legittima la proposizione di domande ed eccezioni autonome. In tal contesto occorre comunque ravvisare un interesse alla decisione.*”, FABIANI M. (2010), “**Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento**”, cit., pág. 7, en el mismo sentido; TRENTINI C. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., págs. 303 y 304, en el mismo sentido; ROMANO D. (2013), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012**”, cit., pág. 9, en este sentido.

<sup>950</sup> Vid. VALENSISE P. (2010), “**La Legge Fallimentare dopo la riforma**”, cit., pág. 2277, “*Per quanto attiene, innanzi tutto, alla nozione di pubblicazione dell’accordo si ritiene come già evidenziato nelle pagine che precedono, che essa, tenuto conto della particolare efficacia, debba leggersi come iscrizione al registro delle imprese*”; FABIANI M. (2011), “**Diritto fallimentare: un profilo organico**”, cit., pág. 696, en el mismo sentido; PROTO C. (2006), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 12, en este sentido; VALENSISE P. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit., pág. 423, en el mismo sentido; TRENTINI C. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., págs. 254 y 255, en las que expone que la doctrina se muestra vacilante sobre si se trata de una publicación o de un mero depósito. Sin embargo continúa diciendo que, tanto la jurisprudencia, como su posición personal avalan que la publicación implique la inscripción; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1247, en este sentido; APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., pág. 108, en este sentido; **Corte appello di Roma di 15 agosto 2012**, en la que se rechaza la demanda de homologación del Acuerdo de Refinanciación por no haberse acompañado la publicación de la misma.

<sup>951</sup> Vid. APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., pág. 109, en la que expone el procedimiento para practicar la inscripción del Acuerdo de Refinanciación.

<sup>952</sup> Vid. **Corte appello di Roma di 15 agosto 2012**, “*l’accordo di ristrutturazione dei debiti, di cui l’imprenditore in stato di crisi abbia chiesto l’omologazione, va pubblicato nel Registro delle imprese, acquistando altresì efficacia dal giorno della sua pubblicazione. Inoltre, entro trenta giorni dalla pubblicazione, i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione. Nel caso in esame era onere del Tribunale verificare, anche al fine di accertare la decorrenza del termine per proporre opposizione, se fosse avvenuta la pubblicazione, che non poteva essere antecedente alla data del doppio della domanda di accordi di ristrutturazione dei debiti.*”

<sup>953</sup> Vid. DI MAJO A. (2011), “**Accordi di ristrutturazione**”, cit., pág. 690, considerado la publicación como un mero depósito: “*Ma a tale scopo, sembra sufficiente lo strumento del deposito presso il Registro delle imprese, non formalizzato secondo il metodi dell’iscrizione*”.

Será competente<sup>954</sup> el Registro Mercantil del lugar donde la empresa tenga su sede social.

En referencia al objeto de la inscripción, la doctrina se muestra vacilante al respecto, pudiendo distinguirse varias posturas:

- Será objeto de inscripción, tan sólo la noticia del Acuerdo de Refinanciación y la demanda de homologación<sup>955</sup>. Según esta tesis, dado que la Legge Fallimentare no precisa nada sobre la publicación, se tendrá que inscribir el mínimo que permita, a interesados y acreedores, obtener información para una eventual oposición.
- Será objeto de inscripción el Acuerdo de Refinanciación, el informe del experto independiente, y toda la documentación que lo acompaña<sup>956</sup> (ex art. 161 Legg. Fall.).

---

<sup>954</sup> Vid. PROTO C. (2006), “**Gl accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 11, “*la richiesta di iscrizione dell’accordo dovrà essere presentata al Registro delle Imprese del luogo dove risulta iscritta l’impresa ossia nel luogo della sede legale*”; TENTINI C. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 260, en este sentido, evocando el artículo 9.1 Legg. Fall, para la determinación de la competencia del Tribunal para la declaración de concurso, además de para la homologación del Acuerdo de Refinanciación; APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., pág. 113, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., pág. 20, en este sentido.

<sup>955</sup> Vid. PROTO C. (2006), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 12. “*credo che l’oggetto dell’iscrizione non debba essere l’intero documento contrattuale costitutivo dell’accordo (ossia la proposta del debitore e le accettazioni dei singoli creditori), ma la notizia dell’intervenuto accordo di ristrutturazione dei debiti con i creditori rappresentante el 60% dei crediti, insieme all’informazione che l’accordo e la documentazione sono stati depositati presso il Tribunale, così che ogni interessato possa accedervi per esaminare gli atti e i documenti e per controllare i nominativi dei creditori aderenti e l’importo dei relativi crediti*”.

<sup>956</sup> Vid. AMBROSINI S. (2010), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., págs. 1153 y 1154, en las que se posiciona en esta teoría explicación que de esta forma, los acreedores y potenciales oponentes, tendrán elementos de juicio suficientes para evaluar sus posibilidades de oposición. Concretamente dice “*L’art. 182 bis menciona anzitutto la documentazione di cui all’art. 161, laddove il 3º com. Dell’art. 161 si riferisce al piano e alla documentazione di cui al comma precedente. Nondimeno, l’art. 182 bis richiede altresì il deposito di una relazione sull’attuabilità dell’accordo; e siccome per lo più la verifica di questo requisito passa attraverso l’esame del piano che sta alla base dell’accordo, deve ritenersi che, almeno nei casi siffatti, il piano vada depositato insieme ad accordo, relazione e documenti ex art. 161. [...] Senonchè, la previsione in parola mira essenzialmente a consentire ai creditori e ad ogni altro interessato di decidere consapevolmente se opporsi o meno all’omologazione; e tale valutazione non può evidentemente prescindere dalla conoscenza degli stessi elementi che è chiamato ad esaminare il tribunale*”; BOGGIO G. (2009), “**Gli accordi di ristrutturazione: il primo “tagliando” a tre anni dal “decreto competitività**”, cit, pág. 73, en este sentido; PERUGINI G.M. (2010), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti: omologazione richiesta da gruppi societari e condizioni di attuabilità (il caso Risanamento). Prime considerazioni**”, *Riv. Diritto Fallimentare*, núm. 2, pág. 233, en el mismo sentido; COPPOLA A. (2005), “**L’accordo per la ristrutturazione dei debiti**”, *Il nuovo concordato preventivo*, AAVV, a cura di PACCHI S, Editorial IPSOA, Milán, pág. 307, en este sentido; TRENTINI C. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 257, en la que consdiera que se tendrá que inscribir todos los documentos que acompañan al Acuerdo de Refinanciación, ya que la Ley no lo impide,

- Será objeto de inscripción el Acuerdo de Refinanciación, y el informe del experto independiente<sup>957</sup>. Según esta teoría, de esta forma se da la oportunidad, a los acreedores y demás interesados, de valorar si efectivamente van a oponerse a la homologación del Acuerdo o no.

En lo que concierne al momento en que se practicará la inscripción, la Legge Fallimentare no precisa nada. Es por lo que la doctrina se ha pronunciado al respecto, cabiendo dos tesis sobre cuándo se inscribe el Acuerdo de Refinanciación:

- Algunos autores<sup>958</sup> consideran que necesariamente tendrá que inscribirse el Acuerdo de Refinanciación con anterioridad a la presentación de la

---

opinando que de esta forma se asegura el derecho de defensa de los acreedores, y demás interesados; GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: risanare l’impresa”**, cit., pág. 134, en este sentido; APICE U./MANCINELLI S. (2008), **“Diritto fallimentare. Normativa ed adempimenti”**, editorial Giappichelli, Torino, pág. 383, dentro de la nota a pie de página 28; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 54 y 55, en este sentido. Dice que es la teoría más acorde con los derechos de defensa de los acreedores.

<sup>957</sup> Vid. FABIANI M. (2011), **“Diritto fallimentare: un profilo organico”**, cit., pág. 696, *“oggetto della pubblicazione è l’accordo; pu tuttavia, ancorchè non esplicitamente richiesto, in funzione di assicurare maggiori garanzie ai creditori, si deve reputare necessaria la pubblicazione anche della relazione del professionista. È questo uno dei casi rispetto ai quali il dubbio interpretativo va risolto esaltando le esigenze di garanzia rispetto a quello di efficienza, considerando che la pubblicazione dell’accordo non rappresenta per il debitore alcun sensibile aggravio di attività”*; VALENSISE P. (2010), **“La Legge Fallimentare dopo la riforma”**, cit., pág. 2277, donde se muestra conforme con esta tesis, diciendo que *“Una lettura delle previsione in esame nel senso prospettato parrebbe più rispettosa dei diritti di difesa de questi ultimi soggetti, nella misura in cui essa assicura loro una più tempestiva ed esaustiva informazione in ordine all’esistenza de un accordo, ai suoi contenuti ed alla sua attuabilità, così come puntualizzata dal comma 1 dell’art. 182-bis, a sua volta funzionale a consentire a tutti gl interessi l’adozione di decisioni, in un senso o nell’altro”*. FAUCEGLIA G. (2005), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005”**, *Riv. Fallimento*, núm. 12, pág. 1149, en este sentido; DI MAJO A. (2011), **“Accordi di ristrutturazione”**, cit., págs. 690 y 694, en este sentido, diciendo que además es la postura más avalada por la jurisprudencia; VALENSISE P. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., pág. 425, en el mismo sentido; 111, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1247, en este sentido; **Corte appello di Roma di 15 agosto 2012.**

<sup>958</sup> Vid. DI MAJO A. (2011), **“Gli accordi di ristrutturazione”**, cit., pág. 688, en la que esboza ambas posturas doctrinales, aunque se muestra conforme con una publicación anterior a la demanda de homologación. Concretamente expone que *“E così potrebbe sostenersi che essa è in funzione esclusiva del giudizio di omologazione e comunque parte di esso, onde dovrebbe precedere e/o comunque essere contemporanea alla domanda di omologazione e al suo deposito in Tribunale. Non potrebbe ipotizzarsi una domanda di omologazione se non d un accordo già pubblicato nel registro delle imprese”*. Continúa en la página 689 justificando esta postura en base a la posibilidad de oposición de cualquier interesado. Así, *“lo scopo della pubblicazione, così come tutti i fatti di pubblicità, e di consentire la fuoriuscita dell’accordo dallo stretto ambito in cui esso è intervenuto, per farlo conoscere non solo ai creditori, eventualmente opposenti, ma anche a tutti coloro che sono interessati alle vicende della impresa.non si tratta di informazione destinanata a signoli soggetti. Ma, in considerazione del fatto che esso è inserito in un iter procedurizzato, esso è un necessario tassello che deve precedere la domanda di omologazione.”*; FABIANI M. (2010), **“Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento”**, cit., pág. 6, posicionándose en este sentido; FAZZI L. (2011), **“Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 6, en este mismo sentido, añadiendo que la publicación es

demanda. Esta tesis opina que la inscripción es un requisito sine qua non para la admisibilidad de la demanda de homologación. Por ello, el Juez examinará que efectivamente se haya practicado la inscripción, antes de proseguir con el procedimiento de homologación.

- Otros autores<sup>959</sup> confirman que la inscripción será posterior a la presentación de la demanda. Esto exige que, tras la práctica de la

---

un requisito sine qua non para la admisión de la demanda de homologación, por lo que la publicación tendrá que ser anterior, dándole la posibilidad al Tribunal, de examinar su cumplimiento; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., págs. 7 y 8, en las que dice que será independiente el momento de la publicación, ya que en tanto no se encuentre publicado, no proseguirá el procedimiento de homologación. Con ello, el autor nos indica que, aunque se pueda presentar la demanda sin la preceptiva publicación del Acuerdo, el juicio de homologación no continuará, pues la precisa. Por consiguiente recomienda la publicación del Acuerdo con anterioridad a la demanda de homologación del Acuerdo de Refinanciación; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1247, en este sentido. Expone las dos teorías actuales, sin embargo consiera que ésta resulta más concorde con el derecho a presentar oposición a la homologación del Acuerdo de Refinanciación; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 112; **Tribunale di Milano, Sez. II, di 11 di febbraio 2010**, diciendo que a la demanda de homologación se le tendrá que acompañar la instancia solicitando la publicación en el Registro Mercantil; **Tribunale di Milano, Sez. II, di 27 di marzo 2010**, en la que la publicación se hizo con anterioridad a la presentación de la demanda de homologación

<sup>959</sup> Vid. VALENSISE P. (2010), **“La Legge Fallimentare dopo la riforma”**, cit., pág. 2278, en la que dice que se adhiere a esta postura, diciendo *“Chi scrive ribadisce la propria preferenza per quest’ultimo orientamento. Il profilo è vieppiù delicato posto che, come segnalato, dalla pubblicazione decorre il termine per proporre opposizione, ed inoltre opera automaticamente la protezione dalle azioni esecutive e cautelari. Si considerino le difficoltà nelle quali, seguendo la prima impostazione, potrebbero versare tutti i soggetti rimasti estranei all’accordo in presenza, ad esempio, di una pubblicazione presso il registro non seguita da un tempestivo deposito di tutto quanto necessario presso il tribunale. Il breve termine per presentare opposizione avrebbe già iniziato a decorrere, ed anche la protezione adoperata dal comma 3 dell’art. 182-bis sarebbe già operante, [...] Sembra quindi da preferirsi una sequenza procedimentale che, peraltro in conformità con l’ordine scandito dai commi 1 e 2 della norma in esame, (a) prenda le mosse dal deposito in tribunale del ricorso per l’omologazione unitamente all’accordo, alla relazione del professionista ed a tutta la documentazione di cui all’art. 161, e che poi (b) preveda, come detto, la pubblicazione –quanto meno- di accordo e reazione del professionista presso il registro delle imprese, indicando altresì, doverosamente, in tale sede il tribunale o presso il quale l’istanza di omologazione è già stata presentata, ed al quale quindi ogni interessato potrebbe fare riferimento per proporre, con la richiesta tempestività, l’opposizione ai sensi del comma 4 dell’art. 182-bis. Infine (c) una volta effettuata la pubblicazione nel registro delle imprese di ciò il tribunale dovrebbe esigere formale comunicazione da parte dell’imprenditore istante, se de caso mediante deposito di idonea documentazione”*; FABIANI M. (2011), **“Diritto fallimentare: un profilo organico”**, cit., pág. 696, en el mismo sentido, aunque sólo mencionando esta postura y mostrándose conforme con ella; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., págs. 66 y 67, en este sentido; PROTO C. (2006), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., págs. 11 y 12, en el mismo sentido, y apuntando el deber que tiene el deudor, de comunicar al Tribunal que se ha efectuado la publicación, a fin de que se conozca la fecha de finalización del plazo para formular oposición, y así poder continuar el proceso de homologación; GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa”**, cit., pág. 135, en este sentido, acudiendo a una interpretación literal para justificar esta postura; VALENSISE P. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., págs. 426 a 428, en este sentido, confirmando lo expuesto por él mismo anteriormente en su obra del año 2010, antes citada; TRENTINI C. (2012), **“Gli accordi di**

inscripción, se emita comunicación al Tribunal de su efectiva publicación (con la finalidad de conocer cuando finaliza el plazo para formular oposición). Concretamente me posiciono a favor de esta teoría, ya que parece la más acorde con el derecho de defensa de los acreedores, además de seguir el orden literal del artículo 182 bis.

Como se ha podido observar, se prevé un sistema de publicación, sin embargo no hay una forma de notificación, a fin de dar a conocer a los acreedores la posibilidad de oponerse en tiempo y forma.

Parte de la doctrina<sup>960</sup> considera que este sistema de publicación, como modo de comunicación para formular oposición, no es eficaz. La falta de notificación o de cualquier medio fehaciente de comunicación, supone una imposibilidad para formular oposición dentro del plazo. De hecho, algún<sup>961</sup> autor ha criticado la falta de

---

**ristrutturazione dei debiti**", cit., pág. 259, en este sentido; **Corte appello di Roma di 15 di agosto 2012**, en la que dice que la publicación se podrá efectuar incluso el día siguiente a la presentación de la demanda de homologación; **Tribunale di Milano, Sez. II, di 25 di marzo 2010**, en el mismo sentido.

<sup>960</sup> Vid. PROTO C. (2006), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit., pág. 11, "*Da queste considerazioni sui rapporti tra omologazione dell'accordo di ristrutturazione e dichiarazione di fallimento, si può trarre la conclusione che, di fatto, l'opposizione all'omologa dell'accordi sarà destinata a ben rara applicazione, tenuto conto che i soggetti interessati all'opposizione saranno (almeno di regola) i creditori estranei e i quali, se non intenzionali ad esercitare indebite pressioni (per indebiti vantaggi) sul debitore proponente e sui creditori aderenti all'accordo, troveranno più pratica e sbrigativa l'istanza di fallimento rispetto all'opposizione; inoltre, trattandosi prevedibilmente di piccoli creditori, questi ben difficilmente potranno, in concreto, venire a conoscenza, in tempo per proporre opposizione, della pubblicazione dell'accordo nel Registro delle Imprese e così la scelta di presentare l'istanza di fallimento (in caso di debitore insolvente) invece dell'opposizione all'omologa sarà pressochè necessitata*"; AMBROSINI S. (2010), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit., pág. 1159, quien dice que el legislador debió haber previsto un sistema de comunicación fehaciente, que permita a los acreedores e interesados, oponerse a la homologación del Acuerdo de Refinanciación; VALENSISE P. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**", cit., pág. 436, en el mismo sentido, añadiendo que incluso puede suponer una violación del derecho de defensa, reconocido en el art. 24 de la Constitución italiana; TRENTINI C. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit., pág. 603, en el mismo sentido, diciendo que, aunque pueda tratarse de un sistema de comunicación para los acreedores más atentos, agrade al derecho de defensa de los acreedores menores, quienes no conocen tan siquiera de la tramitación de un Acuerdo de Refinanciación, dada su escasa relevancia en el pasivo del deudor; PROIETTI R. (2007), "**I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti**", **Riv. Diritto Fallimentare**, núm. 2, pág. 6, según la versión descargada de la base de datos <http://dottrina.ipsoa.it/>, en el mismo sentido; AMBROSINI S. (2012), "**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**", cit., págs. 21 y 60, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), "**Commentario breve alla Legge Fallimentare**", cit., pág. 1251, en este sentido.

<sup>961</sup> Vid. MARCHEGIANI L. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo**", cit., pág. 43, "*Il quadro, dunque, è il seguente: mentre il comma 4 impone la pubblicazione dell'accordo formalizzato e nulla aggiunge, come se è visto, né sulla eventuale pubblicazione del ricorso in omologa, né sulla comunicazione ai creditori dei documenti posti a base dello stesso, il comma 6 stabilisce, al contrario, la pubblicazione dell'istanza, mentre nulla dice in merito alla pubblicazione della proposta di accordo richiedendo invece, nei termini già detti, la comunicazione ai creditori della documentazione allegata alla istanza*".

comunicación, en comparación con la demanda de protección inhibitoria (“automatic stay”<sup>962</sup>).

Otra parte de la doctrina<sup>963</sup> piensa que sí es idóneo este sistema, ya que es imposible la notificación a los acreedores del deudor, puesto que todavía no se conocen todos los acreedores del mismo<sup>964</sup>. Esta tesis justifica su idoneidad por ser un sistema de comunicación destinado a los acreedores atentos, o bien a los más relevantes<sup>965</sup>.

Una vez precisada la forma en que se practica la publicación, y conociendo que es el “dies a quo” para formular oposición, hemos de estudiar los aspectos formales de la oposición.

La doctrina<sup>966</sup> se ha pronunciado al respecto diciendo que se tratará de un “ricorso”<sup>967</sup>. Deberá guardar la forma de la demanda (“atto di citazione”<sup>968</sup>), regulado

---

<sup>962</sup> La figura del “stand by” y el procedimiento para la obtención de esta medida de protección ha sido ya estudiada en el Capítulo 1, apartado 1.2.5 Tipología y escudos protectores de los acuerdos de refinanciación.

<sup>963</sup> Vid. FRASCAROLI SANTI E. (2009), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale**”, cit., pág. 150, “*Si è ritenuto inadeguato, infatti, far decorrere il termine per l’opposizione da un evento quale la pubblicazione dell’accordo nel Registro delle Imprese del tutto assimilabile, quanto ad effettiva tutela de diritti di difesa a quello cassato dai giudici della legge e, cioè l’affissione di cui faceva decorere il termine per l’appello contro la sentenza di omologa o di reiezione del concordato preventivo*”. Conitúa en la página 156 diciendo que “*Non si reputa, invece, che il provvedimento debba essere notificato ai creditori non aderenti, per i quali vale, infatti, la forma di pubblicità riconducibile all’annotazione nel Registro delle imprese ex art. 17 legge fallim., analogamente a quanto disposto per la decorrenza del termine per l’opposizione*”; ZORZI A. (2009), “**Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)**”, cit., pág. 7, en la que se posicióna en este sentido añadiendo que “*Il codice è, infatti, costellato di diritti di opposizione che spettano solo ai creditori attenti*”; FAZZI L. (2011), “**Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 7, en este sentido, diciendo “*La pubblicazione dell’accordo di ristrutturazione nel registro delle imprese costituisce, infatti, adeguata garanzia per mettere i creditori nelle condizioni di opporsi al giudizio di omologazione nei termini previsti dal legislatore*”.

<sup>964</sup> Se desconocen quiénes son los acreedores del deudor, debido a que estamos en una situación previa a la declaración del concurso, por lo que no hay una fase de formación del pasivo (“formazione del passivo” ovvero “fase di stato del passivo”), equivalente a la Lista de Acreedores, del Ordenamiento español.

<sup>965</sup> El legislador italiano, exige que el Acuerdo de Refinanciación sea suscrito por, al menos el 60% del pasivo del deudor. El deudor, propondrá el Acuerdo de Refinanciación a sus acreedores más significativos, buscando la adhesión del 60% de su pasivo. Por ello, estos acreedores más relevantes, conocerán de la tramitación del Acuerdo de Refinanciación, al haberseles hecho la propuesta de adhesión, por lo que estarán atentos a la situación del deudor, conociendo así su efectiva publicación.

<sup>966</sup> Vid. FRASCAROLI SANTI E. (2009), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale**”, cit., pág. 150, “*Ebbene, per quanto concerne la forma dell’atto si reputa che debba trattarsi di ricorso, anche se l’art. 182-bis nulla dispone. Al riguardo si è, altresì, ritenuto che il ricorso, a seconda che intervenga prima o dopo il deposito da parte del debitore, può essere presentato in via principale o in via incidentale. A tale fine, sarebbe irrilevante l’introduzione dell’opposizione con atto di citazione, ovvero con reclamo. Tesi che presenta, peraltro, alcuni profili problematici. Sembra opportuno, infatti, osservare che l’atto di opposizione potrebbe essere solo in apparenza un atto di citazione, non potendo in concreto essere formulato nel*

---

*rispetto integrale dei requisiti di cui all'art. 163 c.p.c, la cui mancanza è, invece, motivo di nullità a norma dell'art. 164 c.p.c.*"; PROTO C. (2006), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit., pág. 11, en este sentido, diciendo que se utiliza esta forma de oposición por aplicación extensiva del artículo 161 Legg. Fall. Considera que el reenvío al art. 161, para la documentación que acompaña al Acuerdo de Refinanciación, implica también un reenvío para el resto de reglas, como es la forma de la demanda / oposición por medio del "ricorso"; FABIANI M. (2010), "**Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e proceso per fallimento**", cit., pág. 6, en la que habla siempre de "ricorso", para referirse a la forma de la demanda de homologación del Acuerdo de Refinanciación, o a su oposición; TRENTINI C. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", cit., pág. 299, en este sentido; ZANICHELLI V. (2010), "**I concordati giudiziali**", cit., pág. 617; BONFATTI S. (2013), "**Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d'impresa**", cit., pág. 66, en este sentido; SCARSELLI G. (2011), "**Le sistemazioni stragiudiziali (ovvero, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani di risanamento delle esposizioni debitorie)**", **Manuale di diritto fallimentare**, AAVV coordinata da PACCHI S., Edit. Giuffrè, Milano, pág. 542, en el mismo sentido; VALENSISE P. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**", cit., pág. 440, en el mismo sentido; AMBROSINI S. (2012), "**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**", cit., pág. 21, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), "**Commentario breve alla Legge Fallimentare**", cit., pág. 1251, en este sentido.

<sup>967</sup> El "ricorso", como tal, en derecho procesal, evoca a los medios de impugnación. Por ricorso, generalmente se entiende como un medio de impugnación contra un pronunciamiento judicial (recurso). Sin embargo, en Derecho italiano cabe una forma de iniciar un proceso a través de un "ricorso", y es el caso del procedimiento monitorio. Este proceso no se inicia con una demanda, como en cualquier proceso judicial civil ordinario, sino que se tendrá que interponer un "ricorso" ante el Tribunal. Así, podemos asemejar esta figura a la demanda de juicio monitorio. Respecto a la forma dl ricorso, tendrá que cumplir con dos tipos de requisitos: **1.** Los establecidos en el artículo 125 C.p.c., para todos los actos procesales (indicación del órgano al que va dirigida, las partes, los datos de la defensa letrada de quien la interpone, el objeto del acto, las razones de hecho y jurídicas, las conclusiones del acto, debiendo estar firmado por quien la interpone y por su defensa letrada); **2.** Indicación de los medios de prueba; **3.** Los datos del Procurador que lo representa, debiendo ser un procurador del lugar donde radique el Tribunal; **4.** Una declaración de la suma de dinero que el demandante está dispuesto a aceptar en un eventual acuerdo. Resulta coherente que la doctrina se remita a los requisitos formales de la demanda, para el caso de los Acuerdos de Refinanciación, ya que, el ricorso para la demanda de homologación/oposición, tendrá que cumplir con los requisitos propios del "ricorso", salvo aquellos que, por ser una pretensión de homologación de un documento, no son necesarios guardar. Información obtenida del resumen de las siguientes obras, y a cuyo contenido me remito para una lectura más profunda: BIAVATI P. (2011), "**Argomenti di diritto processuale civile**", cit., pags. 545 a 553, sobre el proceso monitorio en general y sobre el "ricorso"; TARASCHI C. (2011), "**Diritto processuale civile**", cit., págs. 709 a 724, en el mismo sentido; GRAMAGLIA D. (2011), "**Manuale breve di diritto processuale civile**", Edit. Giuffrè, Milano, págs. 459 a 468, sobre todo el proceso monitorio, con unos esquemas muy interesantes a efectos de esclarecer las actuaciones procesales en las págs. 470 a 472.

<sup>968</sup> Vid. TARASCHI C. (2011), "**Diritto processuale civile**", Edit. Simone, Edizione XXI, Napoli, pág. 300, en la que define la demanda diciendo que, en el sentido del artículo 163 C.p.c, la demanda judicial se propone mediante acto de citación ("*atto di citazione*") a comparecencia a una audiencia fija. Es el acto con el que el actor llama a juicio a la parte demandada ("*convenuto*") con la finalidad de que un Juez resuelva de una cuestión litigiosa. Es la única forma en la que el demandante puede acceder al procedimiento judicial cognitivo; BIAVATI P. (2011), "**Argomenti di diritto processuale civile**", Edit. Bononia University Press, Bologna, págs. 272, en el mismo sentido; GRAMAGLIA D. (2011), "**Manuale breve di diritto processuale civile**", cit., págs. 199 y 200, en el mismo sentido.

en el artículo 163 C.p.c. Si bien sólo deberá respetar los requisitos de la demanda. No se aplican el resto de disposiciones, como es el artículo 164 C.p.c.<sup>969</sup>, sobre la nulidad de la demanda.

La demanda de homologación, así como la oposición, según una aplicación del artículo 163 C.p.c, deberá contener<sup>970</sup>:

- La indicación del Tribunal al que va dirigida la demanda, en este caso, Tribunal Fallimentare.
- Los datos identificativos (nombre, apellidos, Documento Nacional de Identidad -“código fiscale”- y residencia) de la persona que interpone la demanda, así como los de las personas que lo representan y lo asisten.

---

<sup>969</sup> Respecto a la **nulidad de la demanda (“nullità dell’atto di citazione”)**, se regula en el artículo 164 C.p.c. Los vicios que puede presentar la demanda son los siguientes: **1.** los vicios menores (los establecidos en los tres primeros párrafos del artículo 164 C.p.c.) son la falta de citación, el error en el órgano judicial de destino, el error en el nombre o apellidos del actor o del demandado, la falta de incluir expresamente las consecuencias del demandado en caso en que no llegue a personarse, o que la fecha en la que se haya fijado la audiencia, no cumpla con los términos mínimos establecidos en la Ley); **2.** Los vicios más graves (establecidos en los párrafos 4º, 5º y 6º del artículo 164 C.p.c.) son cuando falta completamente el objeto de la demanda, cuando el objeto de, la demanda es indeterminado, cuando falta completamente un relato fáctico o los fundamentos de Derecho, y cuando es absolutamente incierto el relato de los hechos, o los fundamentos de Derecho. Los vicios menores son convalidables, pero sólo en dos hipótesis: **1.** Cuando el demandado se persona, los vicios menores se convalidan automáticamente, ya que el demandado, al personarse, admite los vicios de la misma, ya que la considera eficaz, y por consiguiente debe personarse; **2.** En el caso en que no llegue a personarse, se entiende que el demandado no concibe la eficacia de la demanda, por lo que el Juez, de oficio, establece un plazo perentorio para que el actor sane los vicios de la demanda. En el segundo supuesto, si el actor no ha sanado los vicios, transcurrido el plazo concedido para su corrección, el Juez procede a la cancelación de la causa, mandando la extinción del procedimiento en los términos del artículo 307 C.p.c. Los vicios mayores no son convalidables, sin embargo ello no implica la plena inadmisión de la demanda. Así distinguimos dos hipótesis: **1.** En el caso en que deudor se persone, el Juez fijará un plazo para que el actor proceda a integrar los elementos que falta en la demanda, siendo ésta eficaz desde el momento en que se integran estos elementos; **2.** Si el demandado no se persona, el Juez, de oficio, fija un plazo perentorio para que el actor renueve completamente su demanda, y vuelva a presentarla completamente corregida. Esta información supone un resumen de las siguientes obras, cuya lectura recomendamos para un estudio más detallado: BIAVATI P. (2011), **“Argomenti di diritto processuale civile”**, cit., págs. 280 a 282; TARASCHI C. (2011), **“Diritto processuale civile”**, cit., págs. 308 a 311; AMATO A./COSTAGLIOLA A. (2011), **“Compendio di diritto processuale civile”**, Edit. Maggiore, Santarcangelo di Romagna, págs. 103 a 105; GRAMAGLIA D. (2011), **“Manuale breve di diritto processuale civile”**, cit., págs. 202 a 204.

<sup>970</sup> Vid. TARASCHI C. (2011), **“Diritto processuale civile”**, cit., págs. 301 a 305, en las que realiza un elenco sobre los datos y elementos que debe contener el acto de demanda; AMATO A./COSTAGLIOLA A. (2011), **“Compendio di diritto processuale civile”**, cit., págs. 100 a 103, en el mismo sentido; BIAVATI P. (2011), **“Argomenti di diritto processuale civile”**, cit., págs. 272 y 273, en las que realiza el mismo listado del contenido de la demanda; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 9, quien dice que tendrá que alegarse los defectos del Acuerdo de Refinanciación, así como los medios de prueba oportunos que apoyen tales alegaciones.

- La determinación del objeto de la demanda (“petitum mediato”).
- Unos fundamentos de hecho, y fundamentos de Derecho, que apoyen las pretensiones de la demanda, junto con unas conclusiones.
- Una relación de los documentos que acompañan a la demanda, y de los demás medios de prueba que propone, a fin de acreditar las alegaciones efectuadas en el relato fáctico.
- Los datos identificativos del Procurador que lo representa.
- La indicación de una fecha para comparecer ante el Tribunal<sup>971</sup>, con invitación expresa a personarse y contestar a la demanda en término máximo de 20 días anteriores a la celebración de la audiencia

Respecto al Tribunal competente para conocer de la oposición, será el del lugar donde la empresa deudora tenga su Sede Social<sup>972</sup>, en el momento<sup>973</sup> de presentar,

<sup>971</sup> En el proceso italiano, el demandante es quien fija la fecha de la vista (“*udienza a comparizione*”), proponiéndosela al Juez en el acto de la demanda. Sin embargo, ello no quiere decir que el demandante tenga plena potestad para poder fijar la fecha de la audiencia. Para ello, artículo 163 bis C.p.c. dispone una serie de límites, con una doble finalidad: de un lado, asegurar el derecho de defensa del demandado, y de otro, evitar que el actor, al fijar la fecha de la vista, pueda elegir indirectamente quien será el Juez instructor (“*giudice istruttore*”) de su causa. Los límites establecidos son los siguientes: 1. 90 días para la notificación, cuando se trate de un demandado con residencia en Italia; 2. 150 días para notificación, cuando se trate de un demandado perteneciente a otro Estado. El Juez Instructor podrá diferir la fecha propuesta, hasta un máximo de 45 días. Finalmente, el Presidente del Tribunal será quien fije el lugar, fecha y hora de la vista, por medio de, decreto motivado. Información obetinida por medio del resumen de los siguientes libros, y a los cuales me remito para una consulta más especializada TARASCHI C. (2011), “**Diritto processuale civile**”, cit., págs. 305 a 308; BIAVATI P. (2011), “**Argomenti di diritto processuale civile**”, cit., págs. 276 a 278; GRAMAGLIA D. (2011), “**Manuale breve di diritto processuale civile**”, cit., págs. 201 y 202; AMATO A./COSTAGLIOLA A. (2011), “**Compendio di diritto processuale civile**”, cit., págs. 100 a 103, para un estudio más profundo sobre la demanda.

<sup>972</sup> Vid. FAZZI L. (2011), “**Questioni un tema di accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 6, justificando la competencia del Tribunal en que la publicación se efectúa en el Registro Mercantil del lugar donde radica la Sede Social de la empresa deudora, diciendo, “*l’istanza del debitore per ottenere la tutela del patrimonio già nella fase delle trattative va depositata presso il tribunale competente ai sensi dell’art. 9 legge fallim.. nel silenzio della norma non v’è motivo per non estendere la previsione normativa anche per l’individuazione del tribunale territorialmente competente a ricevere la domanda di omologazione dell’accordo; d’altronde se il registro delle imprese presso cui va iscritto l’accordo è necessariamente quello della sede legale del ricorrente, è ovvia conseguenza che il tribunale competente ad omologare l’accordo venga individuato sulla base della sede legale dell’impresa*”; PROTO C. (2006), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 11, quien se pronuncia en el mismo sentido, añadiendo que la justificación para la competencia del Tribunal, radica en la aplicación extensiva del artículo 161 Legg. Fall., diciendo “*il rinvio dell’art. 182 bis all’art. 161 dovrebbe includere anche il rinvio alla disposizione che individua il Tribunale competente*”; AMBROSINI S. (2010), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 1161, quien considera que la competencia del Tribunal encuentra su razón en la regla de la “*perpetuatio iurisdictionis*”, es decir, en la extensión de la competencia del Tribunal que conoce de la declaración de concurso; FRASCAROLI SANTI E. (2009), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale**”, cit., pág. 151, justificando la competencia del Tribunal en base a la concentración de la jurisdicción de éste, para todas las

bien la demanda de homologación, bien la oposición. Ello se debe a la aplicación del artículo 9 Legg. Fall., por remisión tácita del artículo 182 bis Legg. Fall.

El artículo 182 bis Legg. Fall., se remite expresamente al procedimiento de “camera di consiglio”, para la homologación (art. 737 y siguientes C.p.c.). Es por ello que la doctrina<sup>974</sup>, en aplicación del artículo 737 C.p.c., considera que será preciso que las partes vengan asistidas de defensa letrada.

La demanda de oposición a la homologación, tendrá que ir acompañada de toda la documentación, y demás medios de prueba pertinentes<sup>975</sup>.

Una vez precisada la forma en que tendrá el acto de oposición a la homologación del Acuerdo de Refinanciación, nos centraremos en los motivos de oposición.

---

cuestiones relativas a un mismo proceso concursal; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1248, en este sentido; TRENTINI C. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 300, en el mismo sentido; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., págs. 25 y 63, en este sentido.; Tribunale di Milano, Sez. II di 23 gennaio 2007, en este sentido.

<sup>973</sup> Vid. AMBROSINI S. (2010), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 1161, “*Doveva allora concludersi che il trasferimento della sede nell’anno non si poteva ritenere sic et simpliciter privo di effetti al fine d’individuare la competenza, a meno che vi fosse la prova che il debitore aveva continuato a dirigere ed amministrare l’impresa nel luogo in cui, in precedenza, era stabilita – anche formalmente- la sede.*”; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., págs. 25 y 63, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1248, en este sentido.

<sup>974</sup> Vid. FABIANI M. (2010), “**Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e proceso per fallimento**”, cit., pág. 6, “*Quanto alla modalità di introduzione del procedimento non v’è ragione dubitare che si tratti di un ricorso, posto che le forme sono quelle dei procedimenti in camera di consiglio (secondo il rito generalista di cui artt. 737 ss c.p.c.); ricorso sottoscritto da un avvocato in quanto il procedimento, pur in assenza di opposizioni, deve essere qualificato nei confronti di altre parti e dunque la difesa tecnica è necessaria*”; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1251, en este sentido; FABIANI M. (2011), “**Diritto Fallimentare**”, cit., pág. 700, en el mismo sentido; GALARDO M. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa**”, cit., pág. 136, en este sentido; TRENTINI C. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 300 en el mismo sentido, salvo que se basa en la aplicación del artículo 82 III C.p.c., que dispone que todo procedimiento precisa la defensa letrada, salvo que la Ley disponga lo contrario; Tribunale di Ravenna, Sez. Fallimentare di 10 ottobre di 2013.

<sup>975</sup> Vid. TRENTINI C. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**” cit., pág. 300, “*L’opposizione, quale che sia l’atto con cui essa è proposta, dev’essere eventualmente accompagnata dal corredo documentale e probatorio in genere che la suffraga*”; VALENSISE P. (2010), “**La Legge Fallimentare dopo la riforma**”, cit., pág. 2299, en el mismo sentido; VALENSISE P. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit., pág. 442, en la que dice que, sea cual sea la forma en la que se presente la oposición a la homologación, tendrá que ir siempre acompañada de los documentos y medios de prueba que apoyen los fundamentos de la oposición; ROMANO D. (2013), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012**”, cit., pág. 9, en este sentido; Tribunale di Milano, Sez. II di 15 ottobre 2009, en la que se dice que la oposición tendrá que especificar los motivos que la fundan, los defectos de que adolece el Acuerdo de Refinanciación. Tales alegaciones tendrán que ser necesariamente acreditadas, bien a través de la prueba documental, bien señalando los medios de prueba pertinentes que las demuestren. En caso en que la alegación no se haya acreditado o no se haya especificado, se tendrá por no efectuada.

El artículo 182 bis Legg.Fall., regula, entre otras cosas, la oposición a la homologación del Acuerdo, sin embargo no establece ningún motivo de oposición.

Es por ello que la doctrina<sup>976</sup>, y la jurisprudencia<sup>977</sup>, han precisado esta cuestión, diciendo que el legislador ha querido que sean los propios interesados los que elijan los motivos por los que interpondrán su oposición. Así, se distinguen dos tipos de motivos de oposición a la homologación del Acuerdo de Refinanciación:

- **Motivos formales del Acuerdo de Refinanciación<sup>978</sup>:** se refiere a todos aquellos requisitos, establecidos en el artículo 182 bis Legg. Fall. La falta de la adhesión del 60% del pasivo del deudor, la falta del informe del

---

<sup>976</sup> Vid. FRASCAROLI SANTI E. (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale”**, cit., pág. 147, *“Ebbene, la norma non specifica i possibili motivi per l’opposizione, per cui si reputa che questi possano riguardare sia gli aspetti formali, sia il merito dell’accordo.”*; PROTO C. (2006), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 9, en la que dice que cabe la oposición bajo cualquier motivo que quiera alegar el interesado, no pudiendo excluirse cualquier motivo. Continúa estableciendo una serie de hipótesis sobre los motivos de oposición de mayor peso, diciendo que *“L’opponente pertanto potrà fondare la propria opposizione sia sul mancato deposito in Tribunale de ricorso e della documentazione da allegare, sia sulla insufficienza o non vericità della documentazione allegata, sia sul mancato raggiungimento della maggioranza del 60% dei crediti prevista per l’efficacia dell’accordo, sia sull’attuabilità dell’accordo con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il pagamento dei creditori estranei”*; AMBROSINI S. (2010), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 1160 en este sentido, y proponiendo las mismas hipótesis; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 23 y 62, en este sentido.; TRENTINI C. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 301, en las que explica que los motivos de oposición se dividen en estos dos grupo; VALENSISE P. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., págs. 444 y 445, quien expone que los legitimados podrán fundar su oposición a la homologación del Acuerdo de Refinanciación en base a cualquier motivo, precisando una serie de hipótesis como: el defecto de publicación, el vicio en la documentación que acompaña a la demanda, la falta de la documentación que acompaña a la demanda, la falta de adhesión al Acuerdo de Refinanciación, la insanabilidad de la empresa por considerarse en insolvencia, etc; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1251, en este sentido, diciendo que puede fundarse tanto en motivos formales como en motivos de mérito del Acuerdo.

<sup>977</sup> Vid. **Tribunale di Milano, Sez. II, di 25 di marzo 2010**, en la que se dice que los motivos de oposición son abiertos y que por consiguiente, cualquier legitimado puede alegar cualquier tipo de motivo, siempre y cuando precise los defectos de que adolece el Acuerdo de Refinanciación que pretende ser homologado; **Tribunale di Milano, Sez. II di 15 ottobre 2009**, en la que uno de los motivos de oposición constituyó la insolvencia del deudor, otro de los signos de los motivos abiertos de oposición; **Tribunale di Modena di 12 giugno 2013**, en la que se puede apreciar que otro motivo de oposición puede ser la falta de independencia del experto que evalúa el informe.

<sup>978</sup> Vid. TRENTINI C. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 301, *“Per i vizi di natura procedurale si possono lamentare, da un lato, i difetti di forma degli accordi così la mancata autenticazione delle sottoscrizioni, necessaria per la pubblicità nel registro delle imprese; soprattutto, si possono lamentare vizi relativi alla relazione del perito attestatore, dal punto di vista dei requisiti soggettivi del professionista oppure dal punto di vista del contenuto formale della relazione che difetti dell’attestazione di vericità dei dati, ovvero della realizzabilità del piano, in particolare degli aspetti relativi al soddisfacimntno integrale e tempestivo del creditori estranei”*; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1251, en este sentido.

esperto<sup>979</sup>, error en la publicación del Acuerdo, error en el informe o en el experto independiente, etc.

- Motivos de merito del Acuerdo de Refinanciación<sup>980</sup>: supone acreditar que el Acuerdo de Refinanciación no es viable. Que no es idóneo para el pago regular e íntegro de los acreedores que no se han adherido al Acuerdo, los vicios de los actos de ejecución del Acuerdo, etc.

Uno de los posibles motivos de oposición a la homologación del Acuerdo de Refinanciación es la falta de independencia del experto independiente<sup>981</sup>, el

---

<sup>979</sup> Vid. Tribunale di Ravenna, Sez. Fallimentare di 10 ottobre di 2013, “I motivi di opposizione si compendiano: a) nella ritenuta incompatibilità dell’attestatore dott. Fe. a svolgere i compiti di cui all’art. 182 bis l.f.”

<sup>980</sup> Vid. TRENTINI C. (2012), “Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”, cit., pág. 302, “Per i vizi di merito, questi possono individuarsi, innanzi tutto, nel difetto di realizzabilità del piano, sulla base di considerazioni che contrastino il contenuto della relazione del perito attestatore; ovvero nel mancato raggiungimento della percentuale del 60% o, più in generale, nell’idoneità del piano ad assicurare il pagamento dei creditori extranei e, nel caso di prosecuzione dell’attività di impresa da parte dello stesso imprenditore, il non ripresentarsi delle situazioni di difficoltà finanziarie già manifestate e che hanno dato luogo alla proposizione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti”; PALUCHOWSKI A. (2011), “Art. 182 bis tra diritto processuale, contenuti sostanziali e controllo giurisdizionale”, cit., pág. 8, en el mismo sentido, diciendo que la oposición puede basarse en la falta de viabilidad o de idoneidad del Acuerdo de Refinanciación; BONFATTI S. (2013), “Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”, cit., pág. 67; ROMANO D. (2013), “Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”, cit., pág. 9, quien tras decir que no se prevén motivos tasados para la oposición distingue entre los motivos de legitimidad y los motivos de mérito. Expone los motivos de legitimidad; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “Commentario breve alla Legge Fallimentare”, cit., pág. 1251, en este sentido.

<sup>981</sup> Vid. VALENSISE P. (2012), “Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”, cit., pág. 250, en la que, hablando de la función del experto independiente y de sus condiciones subjetivas, y de independencia dice que “ciò posto, rimane poi la possibilità che qualcuno contesti tale condizione, dovendo evitentemente comprobare le ragioni, nell’ambito di uno di uno dei momenti di vaglio giurisdizionale e, soprattutto, in sede di giudizio di omologazione dell’accordo oramai raggiunto. L’eventuale accertamento della carenza di indipendenza potrebbe costituire motivo di diniego dell’omologazione, con quel ne conseguirebbe sia per l’imprenditore in crisi sia, con tutta probabilità, per il medesimo professionista che ne aveva invece dichiarata la sussistenza.”. Igualmente, en la página 239, considera que la errónea constitución de la Sociedad Profesional encargada de evaluar el Acuerdo de Refinanciación, será motivo de oposición a la homologación del Acuerdo de Refinanciación (“È appena il caso di sottolineare che, naturalmente, il rilevato difetto dei requisiti sin qui ricordati in capo al soggetto valutatore ex art. 182-bis, potrebbe costituire tanto motivo di rilievo in sede di valutazione dell’istanza di protezione ai sensi dei comma 6 e 7 dell’art. 182-bis, quanto ragione di opposizione ai sensi del successivo comma 4 del medesimo art. 182-bis, quanto ancora motivo di rigetto dell’istanza di omologazione, laddove direttamente accertato dal giudice adito”); PALUCHOWSKI A. (2011), “Art. 182 bis tra diritto processuale, contenuti sostanziali e controllo giurisdizionale”, cit., pág. 8, en la que dice que la oposición a la homologación, entre otros motivos, puede basarse en el defecto del informe del experto independiente, como puede ser el caso de un informe que no verifique los datos de la empresa, o que resulte incongruente; TRENTINI C. (2012), “Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”, cit., págs. 301 y 302, en el mismo sentido, considerándolo como un motivo de forma del Acuerdo de Refinanciación, ya que supone el incumplimiento de uno de los requisitos del mismo; ROMANO D. (2013), “Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”, cit., pág. 9, en este sentido, explicando los motivos de mérito por los que se

incumplimiento de los requisitos subjetivos que se le exigen, o cualquier vicio del informe de viabilidad e idoneidad del Acuerdo de Refinanciación (bien sea un vicio de merito, o un vicio formal).

Otra de las posibilidades de oposición es el carácter fraudulento de algunos de los negocios de ejecución del acuerdo de refinanciación, o bien el vicio insanable en el Acuerdo de Refinanciación.

La doctrina se divide en dos posturas sobre el trámite procesal a seguir, una vez transcurridos<sup>982</sup> los 30 días para formular oposición:

- Aplicación del procedimiento de homologación del concordato preventivo<sup>983</sup> adaptado al rito camerale<sup>984</sup>, como forma de asegurar el

---

pueden formular oposiciones a la homologación del Acuerdo de Refinanciación; **Tribunale di Modena di 12 giugno 2013**, en este mismo sentido, debiendo probar el oponente que el experto era parcial y que por ese motivo el informe que ha realizado se haya influenciado por otro tipo de intereses.

<sup>982</sup> Vid. VALENSISE P. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit., pág. 441, en la que realiza un esquema de los actos procesales a seguir, diciendo que “*il tribunale, una volta ricevuta la comunicazione indicata dovrebbe attendere il decorso dei predetti 30 giorni dalla predetta pubblicazione nel registro prima di adottare qualunque provvedimento, ragionevole anche istruttorio*”; FABIANI M. (2011), “**Diritto fallimentare: un profilo organico**”, cit., pág. 703, en la que dice que el Tribunal tendrá que esperar, necesariamente, a que finalice el plazo para formular oposición, ya que de lo contrario no podría organizar el proceso de homologación; PALUGHOWSKI A. (2011), “**Art. 182 bis tra diritto processuale, contenuti sostanziali e controllo giurisdizionale**”, cit., pág. 5.

<sup>983</sup> Vid. TRIPALDI V. (2011), “**Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., págs. 355 a 357, para un estudio más profundo del procedimiento de homologación del concordato preventivo;

<sup>984</sup> Vid. FABIANI M. (2011), “**Diritto fallimentare: un profilo organico**”, cit., pág. 706, “*Pertanto, una volta assunte le attività preliminari della designazione del giudice relatore, il presidente deve fissare un’udienza in Camera di Consiglio per consentire alle parti l’esercizio del diritto contraddittorio e ciò quanto meno ogniquavolta si fronteggino in posizione antagonista l’imprenditore e uno o più opposenti; questa lettura, peraltro, non esclude che il tribunale preferisca fissare un’udienza per la comparizione del debitore anche in assenza di opposizioni, laddove occorra precedere all’attività istruttorie atipiche dei procedimenti camerale, attività declinata nel generico assunto informazioni che può consentire l’accesso ad un palinsesto di prove molto più ampio di quanto potrebbe a prima vista immaginare (e con la sicura inserzione della consulenza tecnica d’ufficio)*.”; FABIANI M. (2010), “**Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento**”, cit., pág. 9, en el mismo sentido; FAZZI L. (2011), “**Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 7, en la que dice que el legislador no ha previsto ningún sistema de fijación de audiencia, pues con la publicación del Acuerdo de Refinanciación en el Registro Mercantil, basta para asegurar el derecho de defensa de los interesados y acreedores. Por lo que en caso en que no se plantee oposición, el Jue no citará a las partes a que comparezcan. Sin embargo, continúa diciendo que en caso en que se plantee oposición a la demanda de homologación, será preciso que el Presidente emita un decreto fijando la fecha de la vista (“*Nell’ipotesi in cui pervengano opposizioni, diventa invece indispensabile fissare con decreto d’udienza di comparizione delle parti con termine per la notifica al debitore*”); FRASCAROLI SANTI E. (2009), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale**”, cit., págs. 151 y 152, en este sentido, añadiendo que en el supuesto en que no se hayan presentado oposiciones a la demanda de homologación, el Presidente puede fijar una vista, por medio de decreto en Camera di Consiglio (“*Qualora, invece, non siano state proposte opposizioni*”).

principio contradictorio<sup>985</sup>. Según esta teoría, una vez transcurridos los 30 días, el Presidente del Tribunal emitirá un decreto fijando la vista (“*decreto di fissazione d’udienza*”<sup>986</sup>) en la que se practicaran las pruebas

---

*il tribunale procede all’omologazione o al suo rigetto, pronunciando decreto in camera di consiglio non senza aver fissato udienza di comparizione del debitore”*); AMBROSINI S. (2010), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 1161, en la que, hablando de las fases del proceso de homologación, dice que una vez presentadas las oposiciones, el Juez las evaluará emitiendo su decisión por decreto motivado, asegurando así el principio contradictorio (“*E tale lacuna è stata colmata in dottrina sulla scorta della necessità di osservare il principio del contraddittorio: il tribunale deve emanare un decreto ed imporne la notificazione al debitore, affinché questi sia messo in grado di esercitare il diritto di replica*”); TRIPALDI V. (2011), “**Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., págs. 355 y 356, en las que dice que en caso de plantearse oposición a la demanda de homologación, se procederá a fijar una audiencia, sin embargo, si no hay formuladas oposiciones, el Juez procede de oficio, sin necesidad de que se llame a comparecencia a las partes; PROTO C. (2006), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., págs. 12 a 14 en las que explica que el art. 182 bis Legg. Fall. no prevé nada sobre el proceso de homologación, remitiéndose al procedimiento de Camera di Consiglio, sin embargo, si se presentan oposiciones a la demanda, será preciso garantizar el principio contradictorio, en los términos del artículo 101 C.p.c, el cual dispone que será necesario que la contraparte exponga los argumentos de su defensa, y los medios de prueba de los que se valgan, por medio de una memoria de defensa (“*in casi di opposizione all’accordo dovrebbe essere sempre garantito il contraddittorio dei controinteressati, essendo, in questo caso, applicabile il principio generale di cui all’art. 101 codice di procedura civile*”); VALENSISE P. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit., págs. 441 a 443, en las que, expone un esquema del proceso de homologación, no mencionando nada sobre el decreto de fijación de audiencia, sin embargo, dice que tendrá que asegurarse el principio contradictorio, aclarando en la Nota 167 de la página 443 que efectivamente tendrá que darse un decreto de fijación de audiencia; ROMANO D. (2013), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012**”, cit., pág. 9, quien dice que el Tribuna emitirá un decreto fijando una audiencia contradictoria. Por tanto se posiciona en esta facción de la doctrina; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., págs. 26 y 64, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1254, en este sentido.

<sup>985</sup> El **principio contradictorio**, es regulado de forma genérica en el artículo 111 II Constitución italiana, y de forma específica para el proceso civil, en el 101 C.p.c. Este principio impone la necesidad de asegurar el derecho de defensa bajo todos los medios posibles. En el proceso civil implica la necesidad de permitir presentar una memoria de defensa en la que se recojan los argumentos y medios de prueba oportunos que apoyen la postura de quienes se oponen a las pretensiones del deudor. En los procedimientos homologatorios, al tratarse de una jurisdicción voluntaria, no será preciso el contradictorio, ya que si no se formula oposición contra la pretensión de homologación del actor, el Juzgador procede de oficio a valorar las posibilidades de homologación. Sin embargo, en el caso en que se presenten oposiciones, sí será obligatorio permitir todos los medios posibles para que, quienes se opongan, puedan defender su postura. Concretamente, para los procesos concursales, se prevén en el artículo 15 III y VI Legg. Fall., los siguientes medios: la audiencia de las partes, la posibilidad de proponer pruebas y la posibilidad de instar al Juzgador a que practique pruebas de oficio. Información obtenida de las siguientes obras, de forma resumida: NORELLI E. (2010), “**Il giudizio di omologazione del concordato preventivo**”, La crisi d’impresa: questioni controverse del nuovo diritto fallimentare, AAVV a cura di DI MARZIO F., Edit. CEDAM, Padova, págs. 441 a 443; VALENSISE P. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**”, cit., pág. 443, Nota 167;

<sup>986</sup> El **decreto de fijación de audiencia** (“*decreto di fissazione d’udienza*”), es un decreto dictado por el Presidente, de forma Colegiada. Es un decreto propio del procedimiento de homologación del concordato preventivo (ex art. 180 Legg. Fall.), por el cual se comunica a las partes la fecha, lugar y hora en que tendrá lugar una vista o comparecencia, a fin de que las partes puedan defender

que se propongan. Los que hayan propuesto oposición a la homologación, presentarán una memoria<sup>987</sup> con sus argumentos y proponer las pruebas (*“memoria difensiva”*) que se vayan a practicar en el acto de la vista, dentro del plazo máximo de 10 días anteriores a la fecha de la vista.

- Otra parte de la doctrina<sup>988</sup> considera que la homologación sigue las pautas del rito camerale<sup>989</sup> (*“procedimento in camera di Consiglio”*), puesto

---

sus respectivas posturas, y practicar las pruebas propuestas y admitidas, instando a las partes sobre su derecho a presentar una memoria defensiva de sus pretensiones, antes de los 10 días previos a la fecha de la vista. Este decreto le será notificado al deudor, quien se encarga de notificarlo a la contraparte, en tiempo y forma. Sin embargo, si no lo hubiese notificado, o lo hubiere realizado fuera de plazo, se procederá a la fijación de una nueva audiencia y nuevo plazo para presentar la memoria de defensa, con la advertencia de que si no lo notifica en esta segunda vez, se declarará la improcedencia de la propia demanda de homologación. Ésta también será notificada al Ministerio Público, quien evaluará si efectivamente le corresponde oponerse a la homologación, o incluso proponer la declaración de concurso. El decreto de fijación de audiencia será publicado en el Registro Mercantil del lugar donde la empresa tenga su Sede Social. Esta publicación se hará a cargo del secretario judicial (*“cancelliere”*), en los términos del artículo 17 Legg. Fall. se efectúa esta publicación con la finalidad de que cualquier otro interesado pueda acceder al procedimiento de homologación. Información obtenida del resumen de las siguientes obras, y cuya lectura recomendamos para un estudio más profundo: NORELLI E. (2010), **“Il giudizio di omologazione del concordato preventivo”**, cit., págs. 406 a 408; TRIPALDI V. (2011), **“Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 355; **Tribunale di Milano, Sez. II, di 27 di marzo 2010**, en la que se ve como el Juez ha emitido decreto de fijación de audiencia; **Tribunale di Ravenna, Sez. Fallimentare di 10 ottobre 2013**, en este sentido; **Tribunale di Arezzo, Sez. Fer. di 27 di luglio 2012**, en la que se puede ver como es necesario el decreto de fijación de audiencia.

<sup>987</sup> Vid. FRASCAROLI SANTI E. (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale”**, cit., pág. 157, estableciendo que es la forma de apicar e rito camerale a un procedimiento que exige asegurar un principio contradictorio (sólo en el caso en que precise este contradictorio, es decir, en presencia de oposición a la homologación), diciendo que *“In definitiva, qualora siano state presentate opposizioni, il contraddittorio si istaura nelle forme dell’art. 180. In tal caso é pensabile, quindi, che si proceda secondo le formalità indicate dall’art. 180 legge fallim., al deposito di memorie difensive e che si dia luogo all’istruttoria ivi prevista in quanto compatibile. Gli opposenti devono, quindi, costituirsi almeno dieci giorni prima dell’udienza per lo scambio di memorie e di eccezioni processuali o di merito e per l’indicazione dei mezzi istruttori”*; TRIPALDI V. (2011), **“Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 355 en el mismo sentido; GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa”**, cit., pág. 136, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1254, en este sentido; **Tribunale di Ravenna, Sez. Fallimentare di 10 ottobre di 2013; Tribunale di Milano, Sez. II, di 27 di marzo 2010**

<sup>988</sup> Vid. DI MAJO A. (2011), **“Gli accordi di ristrutturazione”**, cit., pág. 690, considerando que será de aplicación el procedimiento camerale, sin hacer referencia a la aplicación de las disposiciones relativas al concordato preventivo, diciendo, *“Del giudizio di omologazione sono parti l’imprenditore-proponente e coloro che hanno proposto opposizione. La forma dei giudizio sembra essere quello dei procedimenti camerale, destinati a culminare con un decreto motivato, reclamabile alla Corte d’appello art. 182 bis, ult. Co.”*; TRENTINI C. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 303, *“L’opposizione non introduce un procedimento separato rispetto al porcedimento volto all’omologazione degli accordi; essa s’inserisce in un procedimento unico, caratterizzato dallo svolgimento in camera di consiglio, il quale, essendo deciso con un decreto motivato, richiama una struttura che appare chiaramente tipica dei*

que el artículo 182 bis, así lo prevé implícitamente. Según esta tesis, una vez hayan transcurrido los 30 días para formular oposición, el Juez procede a evaluar cada una de las cuestiones planteadas, practicar las pruebas propuestas, así como las que considere de oficio. Será el propio Juez quien dirige completamente el proceso, no contando con la presencia de las partes. Por consiguiente, una vez formulada la oposición, el siguiente trámite procesal será la Resolución homologando o no el Acuerdo.

Independientemente de cual sea la postura adoptada, no cabe duda de que el Tribunal decidirá sobre la homologación del Acuerdo de Refinanciación, a través de decreto motivado<sup>990</sup>.

---

*procedimento di giurisdizione volontaria ni natura camerale*". Continúa mencionando que parte de la doctrina considera la aplicación del artículo 180 Legg. Fall., para la homologación del concordato preventivo, sin embargo, habla de ella como una doctrina ajena, por lo que se posiciona en conformidad con esta teoría.

<sup>989</sup> El **procedimiento de Camera di Consiglio**, es el rito procesal reservado sobre todo para cuestiones en materia de familia. En España se asemeja a la Jurisdicción Voluntaria, dada la falta de controversia, sin embargo, puede haber controversia cuando así lo establezca expresamente el legislador. Regulado en los artículos 737 a 742 C.p.c, es un proceso caracterizado por ser simplificado y de escasa actuación de las partes, ya que la organización y dirección corresponde exclusivamente al Juez. A diferencia de los procedimientos contenciosos, no se celebra una vista, ya que al no haber una pretensión contra otra parte, no es necesario formar un contradictorio (a través de un decreto de fijación de audiencia, con la correspondiente memoria de defensa y posterior celebración de la vista). El procedimiento se inicia con "ricorso", dada la imposibilidad de comenzar con una demanda ("atto di citazione"), por no haber una vista (como ya se ha explicado anteriormente). Una vez presentada, el Presidente del Tribunal designa a un Juez Ponente ("Giudice Relatore"), quien asume la prueba del procedimiento. No hay una prueba plena de parte, sino que el centro de la prueba corresponde al Juez, quien, de oficio, se instruye, en ejercicio de su poder investigador. Se le dará traslado al Ministerio Fiscal, ya que, por lo general, este tipo de procedimientos revisten cierto carácter público o de intereses generales. El Tribunal resuelve, de manera colegiada, por medio de un decreto motivado. Este decreto puede ser recurrido en apelación ("reclamo in appello"), en los 10 días siguientes a la comunicación del decreto objeto de recurso, ante la Corte de Apelación ("Corte d'appello"), que es el inmediato superior al Tribunal en instancia. El pronunciamiento que resuelve sobre la apelación no será objeto de Casación, sin embargo, sí podrá interponerse un recurso de revisión ("revoca del provvedimento"), ya que las circunstancias que lo motivaron pueden alterarse posteriormente. Esto se debe a que se trata de Jurisdicción voluntaria, por lo que no puede considerarse que tenga efectos de cosa juzgada. Esta información ha sido obtenida del resumen de las siguientes obras, y a cuyo contenido me remito para una lectura más especializada: PROTO A. (2012), "**Lezioni di diritto processuale civile**", Edit. Jovene editore, Edizione VI, Napoli, págs. 663 a 690; REDENTI E./VELLANI M. (2011), "**Diritto processuale civile**", con la collaborazione di VELLANI C., Edit. Giuffrè, págs. 807 a 815; BIAVATI P. (2011), "**Argomenti di diritto processuale civile**", cit., págs. 575 a 583; TARASCHI C. (2011), "**Diritto processuale civile**", cit., págs. 775 a 783.

<sup>990</sup> Vid. VALENSISE P. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**", cit., pág. 458, "*Il giudizio avviato ex art. 182-bis si conclude con un decreto motivato che può (i) negare l'omologazione, ritenendosi non soddisfatto uno (o più) dei profili in precedenza ricordati, ovvero (ii) accordarla: tertium non datur, nel sens cioè che non si ritiene possibile l'emissione di un provvedimento giudiziale che in qualche modo intervenga sui contenuti dell'accordo –da ritenersi cristallizzato al momento dell'avvio dell'iter omologatorio modificandoli ovvero subordinando l'omologazione a condizioni od altro*"; PROTO C. (2006), "**Gli accordi di ristrutturazione dei**

Asimismo, este decreto será susceptible de apelación<sup>991</sup> en el plazo máximo de 15 días desde la fecha de publicación del mismo en el Registro Mercantil<sup>992</sup> donde radique la empresa.

---

**debiti**", cit., pág. 12; TRIPALDI V. (2011), **"Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti"**, cit., pág. 363, en este sentido; AMBROSINI S. (2010), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti"**, cit., pág. 1161; ROMANO D. (2013), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012"**, cit., pág. 8, en este sentido; BONFATTI S. (2013), **"Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d'impresa"**, cit., pág. 67, en este sentido.

<sup>991</sup> El **recurso de apelación** contra el decreto motivado que resuelve de la homologación del Acuerdo de Refinanciación viene reglado en el artículo 183 Legg. Fall, por remisión directa del artículo 182 bis V Legg. Fall. EL procedimiento de apelación se regirá por las reglas del rito camerale (artículos 737 ss C.p.c.). El plazo para interponer la apelación, será de 15 días desde la fecha en que se publico el decreto motivado en el Registro Mercantil. Respecto a la competencia para resolver del recurso de apelación, le corresponde al Tribunal de Apelación ("Corte d'Appello"). Se consideran legitimados para interponer la apelación sólo aquellos que hayan sido partes en el procedimiento de homologación del Acuerdo de Refinanciación (el deudor y todos aquellos que hayan formulado oposición), no cabiendo apelación de aquellos que no hayan participado en el procedimiento que trata de impugnarse (ex arts. 323 – 338 C.p.c). Una vez interpuesta la apelación, tendrá que notificársele, siguiendo las reglas generales de la impugnación, a la contraparte y demás legitimados que hayan formado parte del procedimiento en primera instancia. Puesto que el artículo 183 Legg. Fal., no se remite al artículo 18 de la misma (recurso de apelación contra la Sentencia que declara el concurso), hemos de regirnos por las reglas de la impugnación. Por tanto, entre la fecha de la notificación y la celebración de la vista, no debe mediar un plazo superior a 15 días. Información obtenida del resumen de las siguientes obras, cuya lectura recomendamos para un estudio más detallado: FABIANI M. (2011), **"Diritto fallimentare: un profilo organico"**, cit., pág. 706; FABIANI M. (2010), **"Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento"**, cit., pág. 10; PROTO C. (2006), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti"**, cit., pág. 12; AMBROSINI S. (2010), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti"**, cit., pág. 1165; TRIPALDI V. (2011), **"Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti"**, cit., pág. 356 para la regulación de la apelación según el procedimiento de, homologación del concordato preventivo, y pág. 363 para la apelación en el proceso de homologación del Acuerdo de Refinanciación, siendo ambos recurso idénticos al venir regulados en el mismo precepto legal; FRASCAROLI SANTI E. (2009), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale"**, cit., págs. 164 a 166; TRENTINI C. (2012), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti"**, cit., pág. 339 a 341; VALENSISE P. (2012), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare"**, cit., págs. 463 a 468; GALARDO M. (2012), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l'impresa"**, cit., pág. 143.

<sup>992</sup> Vid. FRASCAROLI SANTI E. (2009), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale"**, cit., pág. 164, en la que critica la falta de comunicación del decreto, a efectos del cómputo del plazo para su apelación, diciendo que *"Disarmonie quindi, su piano applicativo ed anche un diverso rispetto della tutela del diritto di difesa, in quanto la decorrenza del termine non è dalla comunicazione del provvedimento, ma dalla pubblicazione nel Registro delle imprese. Modalità ampiamente criticata in dottrina in quanto non assicura un'effettiva tutela dei diritti di difesa"*; ROMANO D. (2013), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012"**, cit., pág. 10, en este sentido, explicando la posibilidad de apelación en los 15 días siguientes a la publicación del decreto en el Registro Mercantil; AMBROSINI S. (2012), **"Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134"**, cit., pág. , en este sentido.; VALENSISE P. (2012), **"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti"**, cit., pág. 463, en este sentido; BONFATTI S. (2013), **"Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d'impresa"**, cit., pág. 67, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **"Gli accordi di ristrutturazione del debito"**, cit., págs. 122 y 123, en el mismo sentido, añadiendo que por publicación se tendrá que entender también como la inscripción del decreto motivado que homologa el Acuerdo de Refinanciación; MAFFEI ALBERTI A.

La doctrina se plantea la posibilidad del recurso de Casación contra el decreto que resuelve de la oposición. Sin embargo no hay una opinión unánime<sup>993</sup>:

- Algunos autores<sup>994</sup> opinan que sí podrá plantearse recurso de Casación, desde el punto de vista de que se trata de una resolución que reviste un efecto de “cosa juzgada”.
- Otros consideran<sup>995</sup> que, al tratarse de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, no será objeto de Casación. Sólo será objeto de casación el

---

(2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1254, en este sentido añadiendo que deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo 739 c.p.c.

<sup>993</sup> Vid. FABIANI M. (2010), **“Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento”**, cit., pág. 10, en la que expone que una de las cuestiones controvertidas en torno al proceso de homologación, es la relativa a la posibilidad de interponer un recurso de casación. Se pronuncia enunciando ambas teorías diciendo *“se l’oggetto del proceso è l’accertamento per cui un accordo intercenuto fra privati è idoneo a rimuovere lo stato di crisi de una impresa liberando risorse per gli estranei, il decreto del tribunale che accoglie (o rigetta) la richiesta di omologazione ben parrebbe iscriversi nel catalogo delle tutele camerali autorizzatorie-omologatorie, ci`che legittimerebbe la soluzione dell’esclusione della ricorribilità per cassazione. Ma, a ben vedere se il decreto di omologazione produce quale effetto una estensione dell’efficacia di un accordo anche verso terzi, non si può porre nell’oblio che oggetto dell’accertamento è, anche l’accertamento negativo dello stato di insolvenza, ciò che in altra sede ho qualificato come potere processuale di vedere regolato il dissesto con le regole della concorsualità”*; FRASCAROLI SANTI E. (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale”**, cit., pág. 166, esbozando ambas teorías; TRENTINI C. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., págs. 341 y 342, en el mismo sentido.

<sup>994</sup> Vid. TRENTINI C. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 342, en la que considera preferible admitir el recurso de casación (*“altri affermano che il ricorso per cassazione, soprattutto nel caso in cui dosse stata proposta opposizione, dovrebbe considerarsi sempre ammissibile, e questa pe la tesi preferibile”*); TRIPALDI V. (2011), **“Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., págs. 356 y 357, en las que expone que sí será recurrible en Casación, ya que el procedimiento en apelación tiene un carácter decisorio, por lo que sí será posible la Casación; FRASCAROLI SANTI E. (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale”**, cit., pág. 166, en la que expone que, al mostrarse conforme con la aplicación de las disposiciones relativas al concordato preventivo, será igualmente susceptible de recurso de Casación; VALENSISE P. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare”**, cit., págs. 466 y 467.

<sup>995</sup> Vid. FABIANI M. (2010), **“Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento”**, cit., pág. 11, *“Questa continua commisione fra gestione e tutela di interessi, da una parte, e incisione su diritti, porta a ritenere tutto sommato preferibile il percorso che concede la ricorribilità per cassazione le quante volte il tribunale decida di omologare, mentre nel caso di rigetto, a mi pare che la non definitività della decisione non possa che far arrestare l’iter del procedimento davanti alla corte d’appello”*. Justifica su postura debido a que el Acuerdo de Refinanciación homologado, implica la irrescondibilidad de los actos que lo ejecutan, lo que implica la constitución automática de unas garantías patrimoniales sobre tales actos. Estas garantías patrimoniales son oponibles erga omnes, por lo que al afectar a terceros ajenos, reviste interés público, por loque considera el autor que sí se permite el recurso de Casación; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 127, en este sentido; GIRONE L. (2011), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 598, en este sentido; GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa”**, cit., pág. 144, en este sentido, diciendo que no será objeto de casación. Sin embargo, afirma que se podrá interponer recurso de revisión, siempre que se cumplan los presupuestos de este recurso.

decreto que admita la homologación del Acuerdo, ya que esta decisión afectaría a terceras personas.

Sin embargo sí admiten que pueda darse un recurso de revisión (“*revocazione*”<sup>996</sup>), ya que ello no depende de la naturaleza del Acuerdo de Refinanciación.

Una vez estudiado el sistema de oposición, nos damos cuenta de que cualquiera puede impedir la homologación de un Acuerdo de Refinanciación.

Por consiguiente, el legislador italiano ha previsto un medio suficiente para la tutela de los intereses de los acreedores, y de terceras personas. Sin embargo, las posibilidades de oposición se ven muy limitadas, ya que no se prevé un sistema de notificación<sup>997</sup>.

## 4.2 El control judicial de oficio del acuerdo de refinanciación.

La solución a este problema viene dada por la doctrina<sup>998</sup>, quienes afirman que, en ausencia de oposición, **el Tribunal realizará un control de oficio del propio Acuerdo de Refinanciación.**

---

<sup>996</sup> Vid. APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., págs. 125 a 130, en las que explica la posibilidad de recurso de revisión frente a la firmeza de la decisión judicial sobre la homologación del Acuerdo. El decreto motivado que resuelve de la homologación alcanza su firmeza a los 15 días desde su publicación. Sin embargo, el recurso de revisión siempre puede ser interpuesto. Al no ser regulado en la Legge Fallimentare, se aplicaría de forma subsidiaria el artículo 747 del Codice di Procedura Civile. Para ello se exige que el recurrente acredite hechos nuevos, de nuevo conocimiento o bien nueva información, siempre que realmente pueda influir en la decisión sobre la homologación del Acuerdo ya firme. Por último sienta las diferencias entre la apelación y la revisión. Para ello dice que la apelación es para pronunciamientos que no son firmes, mientras que la revisión, puede interponerse siempre ante una Resolución firme. En caso de ser revocado, el Acuerdo de Refinanciación homologado quedaría como un mero contrato. Sin embargo, los derechos que hayan adquirido los terceros de buena fe, se tendrán que respetar; AMBROSINI S. (2012), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**”, cit., pág. 68, sobre la posibilidad de revocar el decreto de homologación del Acuerdo de Refinanciación.

<sup>997</sup> El legislador italiano, somete el Acuerdo de Refinanciación a un procedimiento de homologación, al que puede oponerse cualquier acreedor e incluso un interesado que acredite su condición (interés suficiente en el Acuerdo de Refinanciación). Sin embargo, el artículo 182 bis Legg. Fall., prevé un plazo de oposición a la homologación de 30 días desde la fecha en que se publicó el Acuerdo de Refinanciación, lo que para algunos es considerado como una falta de comunicación suficiente para un plazo tan trascendente.

<sup>998</sup> Vid. DI MAJO A. (2011), “**Accordi di ristrutturazione**”, cit., págs. 692 y 693, “*Il (carattere del) giudizio di omologazione resta il medesimo, sia che vi siano opposizioni come se non vi siano. Ove vi sia opposizione, al normale controllo si aggiunge la soluzione del rapporto conflittuale con il sognolo creditorie oponente*”. Justifica esta teoría en base al principio de legalidad (pág. 693), por el cual, verificará que el Acuerdo de Refinanciación sea conforme al artículo 182 bis Legg. Fall, lo que implica el control, tanto de los requisitos del Acuerdo, como de su proponio contenido;

El problema radica en determinar la extensión de este control. Así, diferenciamos varias posturas:

- El Tribunal tan sólo examinará que el Acuerdo de refinanciación cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 182 bis Legg. Fall<sup>999</sup>. Entre estos requisitos, se hará un examen más preciso sobre el cumplimiento de las adhesiones mínimas, a la condición del experto independiente (tanto a sus condiciones subjetivas, como las de imparcialidad). El Juez no

---

FABIANI M. (2011), **“Diritto fallimentare: un profilo organico”**, cit., pág. 706, en este sentido; FABIANI M. (2010), **“Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e proceso per fallimento”**, cit., pág. 10, en la que dice que en caso de oposición, el control que hará el Tribunal será mayor, aunque el objeto del proceso será siempre el mismo, se hayan o no planteado oposiciones a la demanda de homologación; ZORZI A. (2009), **“Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)”**, cit., pág. 8, en la que expone que en ausencia de oposición, el Tribunal tendrá que examinar el Acuerdo de Refinanciación, ya que el objeto del procedimiento no puede variar en función de un acto de parte. Aunque reconoce que si se presentan oposiciones, el conocimiento que realiza el Tribunal será mayor.

<sup>999</sup> Vid. MEO G. (2011), **“I piani attestati di risanamento”**, cit., pág. 658, *“È quindi precluso al giudice entrare nel merito della ragionevolezza del piano attestato. Egli deve, invece valutare se il giudizio di ragionevolezza sia stato svolto su basi corrette. Potrà desumerlo da dati formali e di procedimento logico-deduttivo; potrà evidenziare, nelle assunzioni di piano, lacune, erroneità o contrarietà a documenti noti all’esperto; potrà individuare errori logici o lacune del ragionamento, assenza o incoerenza di motivazione, ma non potrà, sulla base di un ragionamento alternativo, giudicare della maggiore o minore ragionevolezza e sulla maggiore o minore prospettiva attendibilità di un piano alternativo”*; PROTO C. (2006), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 15, en la que, tras exponer ambas teorías, concluye diciendo que *“pertanto ritengo che il controllo di merito non possa essere esercitato in mancanza di opposizioni, salvo restando il fovere del Tribunale di rigettare la richiesta di omologa nel caso in cui la relazione dell’esperto appaia manifestamente contraddittoria o in contrasto con la documentazione contabile ed estimativa prodotta o carente di motivazione o con una motivazione solo apparente”*; PALUCHOWSKI A. (2011), **“Art. 182 bis tra diritto processuale, contenuti sostanziali e controllo giurisdizionale”**, cit., pág. 6, en este sentido; FAZZI L. (2011), **“Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 8, en la que enuncia esta teoría, aunque no llega a pronunciarse sobre si la considera la más correcta o no; FRASCAROLI SANT E. (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale”**, cit., pág. 159, en la que exponen la existencia de esta tesis, pero la rechaza personalmente, ya que la entiende como una limitación al poder del Juez, quien no debe homologar el Acuerdo de Refinanciación si no tiene clara su viabilidad e idoneidad. Dice expresamente que el Juez, en caso de, ausencia de oposición, examinará el cumplimiento de los requisitos del artículo 182 bis Legg. Fall, la corrección de la documentación del artículo 161 Legg. Fall (que acompaña a la demanda de homologación), la presencia de un informe del experto independiente, que las conclusiones del experto sean afirmativas, y el cumplimiento de los requisitos del experto independiente (tanto subjetivos, como los de imparcialidad); CINCOTTI C/NIEDDU ARRICA F. (2013), **“La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo”**, cit., pág. 6, en este sentido, diciendo que el Juez examinará las conclusiones del informe del experto, pero no las contradirá, pues no examina el Acuerdo al no ser competencia suya; **Tribunale di Ravenna, Sez. Fallimentare di 10 ottobre di 2013; Tribunale di Bologna di 17 novembre 2011; Corte appello di Roma di 15 agosto 2012**, en la que el Juez efectuó un control de legitimidad del Acuerdo de Refinanciación, denegándolo, aún en ausencia de, oposición alguna; **Tribunale di Bergamo Sez. II, di 26 gennaio 2012**;

llega a realizar un control sobre la coherencia e idoneidad del Acuerdo de Refinanciación, salvo dos situaciones<sup>1000</sup>:

- Que lo solicite expresamente quien haya presentado oposición en tiempo y forma.
  - Que el informe del experto independiente contenga errores, sea incompleto, o bien carezca, de forma manifiesta, de lógica o coherencia.
- El Tribunal realizará un control de legitimidad sustantiva<sup>1001</sup> del Acuerdo de Refinanciación. Según esta postura, el Tribunal tendrá que efectuar un

<sup>1000</sup> Vid. PALUCHOWSKI A. (2011), “**Art. 182 bis tra diritto processuale, contenuti sostanziali e controllo giurisdizionale**”, cit., pág. 6, “*in assenza di opposizione il Tribunale deve fermare la propria cognizione alla mera questione di legittimità omettendo un controllo nel merito delle affermazioni del perito poiché egli se ne assume la responsabilità. Così la pronuncia esaminata afferma che vi è il potere di valutare l’idoneità dei flussi prospettati a garantire l’esecuzione degli accordi o il pagamento dei dissenzienti, controllando anche la solvibilità del terzo eventuale acquirente, ma solo sulla base delle affermazioni del perito e nega che vi sia il potere di esaminare nel merito specifici aspetto che presentano criticità, salve due ipotesi: che la relazione sia incompleta od incoerente ed inadeguata, o vi sia, processualmente, la sollecitazione de un interessato, attraverso il meccanismo dell’opposizione.*”; PROTO C. (2006), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 15, en el mismo sentido, exponiendo ambas excepciones al control de mera formalidad, y añadiendo que estas excepciones se aplicarán incluso a falta de oposición.

<sup>1001</sup> Vid. FABIANI M. (2011), “**Diritto fallimentare: un profilo organico**”, cit., pág. 706, “*Se come si è precisato, la presenza o l’assenza di opposizioni non influisce sulla circostanza che il procedimento di omologazione vada coltivato, non diversamente l’oggetto non muta in ragione della sussistenza o insussistenza di opposizioni, posto che resta il controllo sui requisiti formali di accesso e sulla attuabilità del piano (oggetto di adesione da parte dei creditori) a soddisfare regolarmente le obbligazioni di cui sono titolari i creditori estranei, il che si traduce nell’accertamento dell’evidenza di risorse destinabili ai non aderenti. Le opposizioni ampliano la sfera di cognizione valutativa del tribunale, ma non estendono l’oggetto dell’accertamento; così si possono tranquillamente equiparare, quoad effectum, alle eccezioni*”; APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., págs. 116 a 119, en este sentido, en las que explica detenidamente cada una de las cuestiones que examina el Tribunal en ausencia de oposiciones. Expone en su página 116 los motivos por los cuales no puede ser acogida la tesis de mero control de los requisitos formales del Acuerdo de Refinanciación y de la demanda de homologación; DI MAJO A. (2011), “**Accordi di ristrutturazione**”, cit., págs. 695 a 698, en las que expone que efectivamente el Tribunal realizará un doble control, en este sentido; FRASCAROLI SANTI E. (2009), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale**”, cit., pág. 158, en la que se manifiesta a favor de esta postura, diciendo que el objeto del procedimiento será el mismo, con independencia de que se hayan presentado oposiciones a la homologación; GALARDO M. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa**”, cit., págs. 137 a 141, en este sentido. Precisa que en ausencia de oposiciones el Tribunal examinará el contenido del Acuerdo de Refinanciación a la luz del informe del experto independiente. Reconoce que a falta de oposiciones, el conocimiento del Juez disminuye, pero no se tendrá que pronunciar sobre los motivos de oposición. Sin embargo, efectuará un control de legalidad sustantiva del Acuerdo de Refinanciación.; PROTO C. (2007), “**Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice**”, **Riv. Il fallimento**, núm. 2, pág. 4, según la versión desvirtuada de la base de datos <http://dottrina/ipsoa.it/>, en la que se manifiesta en el mismo sentido.; FABIANI M. (2010), “**Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e proceso per fallimento**”, cit., pág. 10, en la que expone que el Tribunal, con independencia de que se hayan efectuado oposiciones a la demanda de homologación, tendrá que enjuiciar el cumplimiento de

control amplio del Acuerdo de Refinanciación, en base al principio de legalidad<sup>1002</sup>. Ello implica un doble control:

---

los requisitos del Acuerdo de Refinanciación, su viabilidad y su idoneidad, aunque estas dos últimas, no implica una nueva evaluación, sino la revisión de las conclusiones emitidas por el experto independiente; AMBROSINI S. (2010), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., págs. 1162 a 1164, en las que explica ambas teorías, concluyendo que no se le puede impedir al Juez hacer un control más extenso sobre el Acuerdo de Refinanciación, ya que eso implicaría: de un lado una limitación ilógica al poder cognitivo del Tribunal, y de otro, la dejación de la homologación, erga omnes, de un Acuerdo de Refinanciación, a particulares (supeditación de la homologación del Acuerdo a la proposición de oposiciones); ZORZI A. (2009), **“Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)”**, cit., pág. 8, en el mismo sentido; TRENTINI C. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., págs. 309 a 314, en el mismo sentido; PROIETTI R. (2007), **“I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., págs. 5 y 6, en el mismo sentido, argumentando esta postura de diferentes maneras: 1. Al tratarse de un Acuerdo irrevocable, afectará a los derechos de los acreedores que no se hayan adherido, lo que exigen un control exhaustivo previo a su declaración de homologación; 2. No se considera tutelado el derecho de los acreedores no adheridos, por la simple evaluación del experto, exigiéndose una nueva evaluación por el Tribunal; 3. La declaración de irrevocabilidad implica una cierta oponibilidad erga omnes, lo que conllevará siempre un control preciso sobre la incidencia del Acuerdo de Refinanciación, así como los efectos que produciría su homologación; FAZZI L. (2011), **“Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 8, en la que enuncia esta teoría, aunque no llega a pronunciarse sobre si la considera la más correcta o no; BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, cit., pág. 67, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 132 y 133, en este sentido. Precisa que, dejar en manos de la presentación de oposiciones de entes privados, supondría una vulneración a la tutela judicial efectiva, y a los intereses perseguidos con el Acuerdo de Refinanciación; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., págs. 1252 a 1254. A lo largo de las páginas, se posiciona en esta postura. No niega que en caso de presentar oposiciones el control del Juez aumente, al tener que contestar a cada uno de los motivos planteados. Sin embargo, el control de legalidad sustantiva es el control mínimo que tiene que hacer en ausencia de oposiciones. De lo contrario afectaría a la tutela de los derechos e intereses puestos en juego.

<sup>1002</sup> Vid. DI MAJO A. (2011), **“Accordi di ristrutturazione”**, cit., págs. 695 a 698, en las que expone que efectivamente el Tribunal realizará un doble control, en este sentido, justificando la necesidad de un control completo en base al principio de legalidad sustancial (*“quanto asseverato dall’esperto è indubbiamente un elemento importante e significativo dell’apparato informativo esibito dall’imprenditore ma certo non è l’unico oggetto dell’esame del giudice, che resta quello della rispondenza dell’accordo al principio, più pervasivo, di legalità sostanziale, che investe non solo il rapporto concorsuale tra i creditori consenzienti all’accordo ma anche, seppure in un orizzonte temporale più o meno ravvicinato, il superamento della crisi dell’impresa, considerato quale alternativa al fallimento. Del resto, a ben considerare, è nella stessa formulazione letterale della norma che il profilo dell’attuabilità dell’accordo, cui si raccorda strettamente quella del piano, è fatto oggetto della relazione dell’esperto mentre la valutazione del Tribunale ha un oggetto più ampio, restando, quello, dell’attuabilità”*). Concluye en la página 698 diciendo que el juicio que efectúa el Tribunal, en la homologación del Acuerdo de Refinanciación, es un juicio de legalidad, viabilidad y coherencia, teniendo en cuenta, tanto las oposiciones presentadas, como la documentación obrante; PROTO C. (2007), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei doggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice”**, cit., pág. 4, en el mismo sentido, diciendo *“debba sicuramente investire, oltre al controllo della regolarità dell’iter procedimentale, anche gli aspetti di legalità sostanziale e, in particolare, tra questi, che i soggetti terzi, estranei al piano di ristrutturazione, godano della effettiva e reale sicurezza circa il pagamento dei loro crediti”*

- Un control formal<sup>1003</sup>: sobre el cumplimiento de los requisitos para que el Acuerdo de Refinanciación sea homologable (ex art. 182 bis Legg. Fall.). Nos referimos al quórum de adhesión, a la presencia y coherencia lógica del informe del experto independiente, a las condiciones subjetivas y de independencia del experto, a la corrección formal de la demanda de homologación, a la completitud de la documentación que la acompaña, la corrección de los actos y negocios jurídicos que acompañan al Acuerdo, etc.
- Un control de mérito<sup>1004</sup>: supone un juicio (diferente a la labor del experto<sup>1005</sup>) sobre el contenido del Acuerdo. No entra a examinar

<sup>1003</sup> Vid. FRASCAROLI SANTI E. (2009), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale**”, cit., pág. 160, “*Non solo, ma il tribunale deve, in definitiva, verificare i profili di legittimità della domanda, l’esistenza dei presupposti, soggettivo e oggettivo, il rispetto delle condizioni procedurali previste dall’art. 182-bis, tra cui la competenza del tribunale, l’avvenuto deposito dell’accordo nel Registro delle imprese e l’allegata relazione dell’esperto*”; AMBROSINI S. (2010), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 1164, “*Molto diversamente, il giudizio di legalità rimesso sul punto al giudice si manifesta nella verifica di un aspetto estrinseco al contenuto, e consistente nella coerenza e completezza logico-argomentativa*”; PENTA A. (2011), “**I poteri di controllo del tribunale in sede di omologazione di un concordato fallimentare**”, cit., págs. 8 y 9, “*Non vi dubbio che anche oggi il tribunale dovrà effettuare un controllo di legittimità relativo a tutte le fasi precedenti, accertando la ritualità della proposta, la sussistenza delle condizioni di ammissibilità e dei pareri prescritti*”; ZORZI A. (2009), “**Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati di risanamento e accordi di ristrutturazione)**”, cit., pág. 8 en el mismo sentido; TRENTINI C. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**”, cit., pág. 311, en la que expone que en primer lugar tendrá que realizar un control formal del Acuerdo de Refinanciación: verificar la presencia de toda la documentación establecida en el artículo 161 Legg. Fall. y el cumplimiento de los requisitos formales del Acuerdo de Refinanciación (presencia de un informe, formalización de las adhesiones, correcta publicación, etc); NARDECCHIA G. B. (2010), “**Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e proceso per fallimento**”, cit., pág. 4, en el mismo sentido, haciendo un esquema de cada uno de los elementos que tiene que verificar el Juez, dentro del control formal de la demanda de homologación del Acuerdo de Refinanciación; GUERRIERI G. (2012), “**Il controllo giudiziale sui piani attestati**”, cit., págs. 2 y 6, en las que dice que el Juez no realizará un control de mérito, propiamente dicho sobre el Acuerdo. Por el contrario examinará las conclusiones del experto, no sólo la presencia del informe, buscando alguna irregularidad o incongruencia en el mismo. De hecho finaliza que el estudio de la viabilidad e idoneidad del Acuerdo, corresponde al experto independiente únicamente; APPIO C. L. (2012), “**Gli accordi di ristrutturazione del debito**”, cit., pág. 118, en este sentido.

<sup>1004</sup> Vid. FABIANI M. (2011), “**Diritto fallimentare: un profilo organico**”, cit., pág. 706, “*Quando intendiamo che per merito vogliamo riferirci alla verifica dell’attuabilità dell’accordo, la risposta è positiva; il giudice deve valutare se quell’accordo è attuabile e lo deve fare direttamente non attraverso l’esclusiva lente della relazione del professionista.*”; DI MAJO A. (2011), “**Accordi di ristrutturazione**”, cit., pág. 697, “*Sul requisito dell’attuabilità degli accordi dovrà relazionare l’esperto ma il controllo di legalità esercitato dal giudice dovrà andare anche oltre, al di là di una sufficiente informazione fornita ai creditori, per valutare la serietà e ragionevolezza de una soluzione negoziale e/o negoziata che trascende gli stessi interessi dei creditori, hic et nunc. È dunque evidente come, nella soluzione negoziale, così come introdotta dalla riforma, dovrà tenersi conto, in primo luogo, del principio di concorsualità sia pure alle condizioni stabilite dagli accordi e, in secondo luogo, del regolare pagamento dei creditori estranei che sono fuori del concorso*”; FRASCAROLI SANTI E. (2009), “**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale**”, cit., pág. 162, en el mismo sentido, diciendo que el Juez examinará

la viabilidad e idoneidad del Acuerdo, sino que atiende a las conclusiones alcanzadas por el experto independiente.

- La doctrina minoritaria<sup>1006</sup> considera que tendrá que evaluar el Acuerdo, ex novo. Es decir, tendrá que examinar la concurrencia de los requisitos,

---

las conclusiones del informe del experto y su coherencia lógica, no entrando en un juicio ex novo de la viabilidad e idoneidad del Acuerdo. Añade que el Juez podrá servirse de un perito que lo ayude en estos temas, dada su complejidad (*“Diversamente, qualora si sia instaurato il contraddittorio generato dalle opposizioni dei creditori la verifica da parte del tribunale può essere più realisticamente condotta anche ricorrendo alla consulenza di un terzo che assume un tal caso la veste di ausiliario del giudice”*); PENTA A. (2011), **“I poteri di controllo del tribunale in sede di omologazione di un concordato fallimentare”**, cit., pág. 10, en el mismo sentido, aludiendo al deber de examinar el contenido y coherencia del Acuerdo de Refinanciación; AMBROSINI S. (2010), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 1164, en la que dice que el juicio de mérito no supone una nueva evaluación del Acuerdo de Refinanciación, sino la revisión de las conclusiones dadas por el experto independiente; ZORZI A. (2009), **“Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)”**, cit., pág. 8, en la que dice que el Tribunal realizará un control de mérito sobre el Acuerdo de Refinanciación, basándose para ello en las conclusiones obtenidas por el experto independiente en la realización del informe que evalúa el Acuerdo de Refinanciación; TRENTINI C. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, cit., pág. 311, en la que expone que el control de mérito será realizado en base a las conclusiones establecidas en el informe del experto independiente; NARDECCHIA G. B. (2010), **“Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e proceso per fallimento”**, cit., págs. 8 a 10, en la que expone que el Juez tendrá que realizar un control completo del Acuerdo de Refinanciación, ya que resulta ilógico limitar su poder cognitivo a la constatación de los requisitos formales del mismo; ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, cit., pág. 11, en este sentido; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 118, en este sentido; AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 67 y 132, en este sentido; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1253, en este sentido.

<sup>1005</sup> Vid. ROPPO V. (2008), **“Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti di impresa)”**, *Riv. Diritto fallimentare*, núm. 3-4, pág. 381, *“omologare l’accordo significa dare credito alla relazione dell’esperto (non designato dal giudice) e in particolare alla sua asseverazione che l’accordo è idoneo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei. E non omologarlo implica sfiduciare quella relazione”*; FRASCAROLI SANTI E. (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale”**, cit., pág. 160, en la que expone que el Juez actúa de forma distinta a la del experto, ya que, si el juez disiente del experto independiente, será rechazada la homologación del Acuerdo de Refinanciación; APPIO C. L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione del debito”**, cit., pág. 119, en el mismo sentido, diciendo que el Tribunal examinará las conclusiones alcanzadas por el experto independiente. También el contenido del Acuerdo de Refinanciación, pero lo hará a la luz del informe del experto, pues no tiene competencia para examinar ex novo el Acuerdo de Refinanciación; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1253, en este sentido, diciendo que la evaluación del Juez es diferente a la que efectúa el experto independiente. Sin embargo, en el caso en que informe sea sea ilógico o incoherente, el Juez puede reevaluar el contenido del Acuerdo de Refinanciación y disentir del informe del experto.

<sup>1006</sup> Vid. PROTO C. (2007), **“Accord di dirstrutturazione dei debiti, tutela dei doggetti coinvolti nela crisi di impresa e ruolo del giudice”**, cit., pág. 4, *“Premesso, dunque, che l’oggetto del controllo omologatorio è costituito anche dal requisito sostanziale dell’attuabilità dell’accordo con particolare riferimento ala sua idoneità a garantire il regolare soddisfacimento dei creditori estranei, mi sembra che debbano essere distinte due diverse situazioni: quella in cui nessun interessato abbia proposto opposizioni e quella in cui state presentate opposizioni. Nel primo caso, il tribunale può disttendere la relazione dell’esperto e svolgere eventuale istruttoria di*

así como hacer un estudio sobre el contenido del Acuerdo de Refinanciación. El Juez tendrá que verificar la documentación, la idoneidad y la viabilidad del Acuerdo, como si fuese un experto independiente.

La postura avalada por la jurisprudencia<sup>1007</sup> es la que limita el control judicial, en ausencia de oposiciones, a un control de legitimidad sustantiva. La segunda de las posturas mencionadas.

---

*ufficio (richiesta informazioni, consulenza di ufficio) se la relazione dell'esperto appaia manifestamente contraddittoria o illogica o in contrasto con la documentazione contabile ed estimativa prodotta o carente di motivazione o con una motivazione solo apparente";* PROIETTI R. (2007), **"I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti"**, cit., pág. 6, en el mismo sentido, concluyendo que *"il tribunale, in fase di omologazione, dovrà sempre compiere un giudizio pognostico per valutare l'attuabilità del piano, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei"*; NARDECCHIA G. B. (2010), **"Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e proceso per fallimento"**, cit., págs. 9 y 10, en el mismo sentido, añadiendo que esta tesis es avalada por varios elementos: 1. Se rige por el procedimiento en "Camera di Consiglio", el cual, en su artículo 738 c.p.c, atribuye al Juez el poder de recabar toda la información que precise para instruirse, por lo que una limitación en su enjuiciamiento, supone un contrasentido con el procedimiento elegido para la homologación del Acuerdo de Refinanciación; 2. Los acreedores que no se han adherido al Acuerdo de Refinanciación se verían desprovistos de tutela de sus intereses con el sólo informe del experto, precisando una evaluación judicial; 3. La evaluación del experto independiente es requisito sine qua non para la protección del patrimonio del deudor durante 60 días desde la publicación del Acuerdo en el Registro Mercanti, por lo que, para una protección plena, se exigirá una evaluación de mayor rango, como es la que efectuará el Tribunal; **Tribunale di Roma di 20 di maggio 2010**, en el que se dice que se tendrá que examinar si el Acuerdo de Refinanciación es idóneo para asegurara el pago íntegro de los acreedores disidentes. Puede interpretarse como un control sobre el mérito del Acuerdo de Refinanciación, por lo que se considera como un control completo y ex novo del mismo; **Tribunale di Roma, Sez. Fall. di 21 di dicembre 2012**, en la que dice que el Juez podrá designar a un experto para que le instruya en la materia para poder realizar un juicio de viabilidad del Acuerdo de Refinanciación. Por ello se considera que se sitúa en la postura por la que el Juez realizará un conocimiento pleno del Acuerdo.

<sup>1007</sup> Vid.; **Cassazione, Sez. I, di 14 di febbraio 2011, nº 3586**, en la que se vierte el concepto de legitimidad sustancia como el control que debe hacer el Juez en ausencia de oposiciones; **Cassazione, Sez. I di 15 di settembre 2011, num. 18864**, en el mismo sentido; **Cassazione, Sez. Unita di 23 di gennaio 2013, num. 1521**, en la que se considera que, en ausencia de oposiciones, el Juez realizará un control de legitimidad formal. Sin embargo, en caso en que se aprecie un error flagrante y manifiesto en el informe del experto, podrá examinar ciertos extremos, pudiendo incluso acudir a un experto judicialmente designado para que le ayude. La justificación de este pronunciamiento se basa en que la viabilidad y mérito del Acuerdo de Refinanciación sólo compete al experto independiente, no al Juez; **Tribunale di Milano, Sez. II di 25 di marzo 2010**, en el mismo sentido; **Tribunale di Milano, Sez. II di 11 di febbraio 2010**, en el mismo sentido; **Tribunale di Milano, Sez. II di 23 gennaio 2007**; **Tribunale di Milano, Sez. II di 27 di marzo 2010**, en este sentido; **Tribunale di Milano, Sez. II di 11 di febbraio 2010**, en el mismo sentido; **Corte d'appello l'Aquila di 10 ottobre 2012, num. 1139**; **Tribunale di Roma di 20 di maggio 2010**, en el mismo sentido; **Tribunale di Milano, Sez. II di 15 ottobre 2009**, en la que se justifica esta postura diciendo que *"È poi opportuno ribadire che nessun creditore estraneo agli accordi si è opposto alla loro omologazione e/o ha presentato istanze di fallimento, a maggior conforto dell'idea –che traspare in verità dal contesto di tutta la complessiva vicenda processuale – che gli accordi de quibus sono stati considerati soddisfacenti e credibili dall'intero ceto creditorio"*; **Tribunale di Arezzo, Sez. Fer. di 27 di luglio 2012**, en el mismo sentido.

Sin embargo, este control implicará un estudio sobre los requisitos del Acuerdo de Refinanciación, de forma exhaustiva. Es decir, una verificación de que el Acuerdo de Refinanciación cumple con todos los requisitos legalmente establecidos, y que por consiguiente es digno de protección.

Por ello, no puede considerarse que el procedimiento de homologación sea de “justicia rogada”, ya que puede darse el caso en que se desestime la demanda de homologación sin haberse presentado oposiciones.

Este control de legitimidad sustantiva implicará el estudio de los siguientes puntos:

- En primer lugar, un examen sobre los requisitos de admisibilidad de la demanda<sup>1008</sup>. Nos referimos a la competencia del Juez, que haya sido presentada en forma de recurso, que el deudor venga asistido de Abogado y Procurador, y que se haya acompañado de toda la documentación que establece el artículo 161 Legg. Fall.
- En segundo lugar, una vez determinada la corrección de la demanda de homologación, examinará las condiciones de legitimidad sustantiva del Acuerdo de Refinanciación. Esto implica el estudio de lo siguiente<sup>1009</sup>:
  - Que las adhesiones se hayan formalizado de forma unívoca y fehaciente<sup>1010</sup>.

---

<sup>1008</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1253, “*In concreto il tribunale in sede di omologa, ance in assenza di opposizione, deve procedere ad un controllo formale che deve riguardare innanzitutto l’avvenuta pubblicazione nel registro delle imprese, ed il decorso del termine di trenta giorni (prima del quale il tribunale non può ancora dirsi investito del potere di decidere), nonché le condizioni procedurali e la competenza dello stesso tribunale. Quindi deve accertarsi la correttezza del deposito del ricorso e della documentazione*”; **Tribunale di Milano, Sez. II di 25 di marzo 2010**, en la que dice que antes de examinar los requisitos del Acuerdo de Refinanciación, tendrá que comprobar que se cumplan los requisitos de admisibilidad de la demanda de homologación; **Tribunale di Roma di 20 di maggio 2010**, en el que dice que antes de cualquier tipo de estudio, con independencia de que se hayan presentado o no oposiciones, tendrá que efectuar un control de admisibilidad de la demanda de homologación.

<sup>1009</sup> Vid. **Cassazione, Sez. I di 14 di febbraio 2011, num. 3586**, en la que dice que el Tribunal examinará en todo momento la coherencia, completitud y corrección del informe del experto independiente, así como sus condiciones subjetivas y su independencia. Precisa que el examen sobre el informe se considera dentro del juicio de legitimidad formal del Acuerdo de Refinanciación; **Tribunale di Milano, Sez. II di 11 di febbraio 2010**, en la que se establece que el Juez deberá verificar, aún en ausencia de oposiciones, esos parámetros, ya que se encuadran dentro del control de “legitimidad sustancial”; **Tribunale di Milano, Sez. II di 15 ottobre 2009**, en este sentido; **Tribunale di Roma di 20 di maggio 2010**, en este sentido; **Tribunale di Milano, Sez. II di 23 gennaio 2007**, en el mismo sentido; **Corte d’appello L’Aquila di 10 ottobre 2012, num. 1139**;

<sup>1010</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), “**Commentario breve alla Legge Fallimentare**”, cit., pág. 1253. El Tribunal tendrá que examinar que realmente haya sido ratificado por el 60% del pasivo concursal al menos. Que los créditos que no puedan ser considerados a efectos de ratificación, no formen

- Que el experto independiente<sup>1011</sup> cumpla efectivamente con los requisitos subjetivos exigidos, así como con su independencia.
- Que el informe del experto sea correcto, completo y coherente<sup>1012</sup>.
- Que los negocios jurídicos de ejecución del Acuerdo de Refinanciación hayan sido correctamente constituidos.
- Que subsistan los presupuestos subjetivo y objetivo<sup>1013</sup>.

Es decir, examinará de manera exhaustiva el cumplimiento de cada uno de los requisitos del Acuerdo de Refinanciación, y su contenido, a la luz del estudio del experto independiente. Lo que no efectuará es un juicio de viabilidad del Acuerdo, ya que el único encargado al respecto es el experto independiente<sup>1014</sup>.

---

parte de quórum de adhesión. También que las adhesiones sean reales, a lo que recomienda el autor que sean formalizadas ante Notario, con la finalidad de que no se ponga en entredicho su autoría.

<sup>1011</sup> Vid. AMBROSINI S. (2012), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134”**, cit., págs. 132 y 133, en la que explica que el Tribunal tendrá que examinar la corrección del informe, así como su coherencia. A la luz de este informe, evaluará el contenido e idoneidad del Acuerdo de Refinanciación para asegurar el pago íntegro de los acreedores disidentes en los 120 días siguientes (a la fecha de homologación o a la de vencimiento de su crédito, según sean créditos vencidos o no vencidos respectivamente). Supone una labor diversa al examen del experto independiente; MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1253, en este sentido; **Cassazione, Sez. I di 15 settembre 2011, num. 18864**, en la que se considera que el Juez no examinará la viabilidad de la propuesta, sin embargo, sí podrá comprobar que el experto independiente cumpla con los requisitos legalmente exigidos, su independencia y la corrección y coherencia de su informe. De hecho opina que está prohibido verificar la viabilidad del Acuerdo, pero no examinar el resto de cuestiones supondría dejar al arbitrio de las partes la homologación del Acuerdo de Refinanciación; **Corte d’appello l’Aquila di 10 ottobre 2012, num. 1139**, en este mismo sentido; **Tribunale di Milano, Sez. II, di 11 di febbraio 2010**.

<sup>1012</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1253, *“In concreto il tribunale in sede di omologa, anche in assenza di opposizione, deve procedere ad un controllo [...] la sussistenza dei requisiti richiesti in capo al professionista”*

<sup>1013</sup> Vid. MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, cit., pág. 1254, *“Con l’introduzione nel dettato normativo delle espressioni imprenditore e stato di crisi è comunque venuto meno ogni dubbio sulla necessità di un controllo del tribunale circa la sussistenza di tali requisiti, anche al fine di evitare possibili usi fraudolenti dell’istituto”*.

<sup>1014</sup> Vid. **Cassazione, Sez. I, di 14 febbraio 2011, num. 3586**, *“Dopo avere confutato l’opinione accolta dal primo giudice, secondo la quale con il D.Lgs. n. 169 del 2007 sarebbe stato sostituito ad un controllo formale una valutazione di merito della veridicità dei fatti e sulla fattibilità del piano, ha osservato la Corte territoriale che al tribunale, in sede di ammissione alla procedura di concordato preventivo, compete esclusivamente di controllare se siano corretti e veritieri i dati di fatto posti a base della relazione e se, sulla base di tali dati, con una motivazione non illogica, nè incongrua venga certificata la fattibilità del piano.”*; **Cassazione in Sez. Unite, di 23 di gennaio 2013, num. 1521**, en la que se considera que en ningún caso, el Juez realizará un juicio de viabilidad y practicabilidad en sede homologatoria. Bien sea en el concordato preventivo o en el Acuerdo de Refinanciación, la labor de estudiar la viabilidad del instituto preconcursal queda encargada exclusivamente al experto independiente. Por ello el Juez sólo verificará que el informe sea

Por consiguiente, será imposible que el Acuerdo de Refinanciación típico produzca cualquier perjuicio a acreedores, o no cumpla con los requisitos legales. Incluso en ausencia de oposiciones, el Juez estudiará el Acuerdo de Refinanciación, tutelando así los intereses puestos en juego.

Por lo tanto, el Acuerdo de Refinanciación típico, siempre será digno de protección, sin afectar a los derechos de los acreedores y demás terceros.

### **4.3 Conclusiones respecto al Procedimiento de Homologación.**

Una vez estudiado el procedimiento de homologación, podemos concluir, sin temor a equivocarnos, que **tutela efectivamente los derechos e intereses** puestos en juego.

En España, el Acuerdo de Refinanciación típico no exige la homologación del mismo. Esto se puede traducir en una implacable imposición a los acreedores de la validez del Acuerdo y de los pactos que lo integran. No poseen medios legales para poner en tela de juicio su contenido o bien defenderse de los efectos que se derivan del mismo. Así, podríamos encontrarnos ante negocios jurídicos protegidos que, bajo ningún concepto, son dignos de tales escudos protectores.

Por el contrario, el Derecho Italiano es más respetuoso con los acreedores y con la propia filosofía de los Acuerdos de Refinanciación, ya que permite medios de defensa de las partes. Así, el Acuerdo de Refinanciación típico realmente será digno de las protecciones otorgadas por el legislador.

Efectivamente, por medio de la **oposición**, puede ponerse en tela de juicio la tipicidad del acuerdo de refinanciación por cualquier tipo de motivo. Incluso por las más difíciles de acreditar, como son la independiencia del experto que informa, o el vicio y carácter fraudulento de los negocios jurídicos.

Sin embargo la oposición a la demanda de homologación es muy limitada, en tanto en cuanto se prevé la publicación de la demanda de homologación sin efectuar

---

correcto y coherente, no pudiendo poner en tela de juicio las conclusiones del experto, salvo que se aprecie error en el informe o unas conclusiones flagrantemente erróneas.; **Tribunale di Milano, Sez. II di 15 ottobre 2009**, en la que se dice que a falta de oposiciones el Juez examinará los requisitos de legitimidad sustantiva, sin embargo no hará un juicio de viabilidad ni de practicidad, ya que esta función sólo le compete al experto independiente; **Tribunale di Roma di 20 di maggio 2010**, en el mismo sentido; **Tribunale di Milano, Sez. II di 23 gennaio 2007**, en la que se dice que el Juez examinará la viabilidad del Acuerdo de Refinanciación en base a lo dispuesto en el informe del experto independiente. Por tanto no supone un juicio de viabilidad, sino sólo una supervisión de la labor desempeñada por el experto independiente; **Tribunale di Modena di 12 giugno 2013**; **Corte d'appello L'Aquila di 10 ottobre 2012, num. 1139**, en el mismo sentido,

ningún tipo de notificación. Así, la oposición sólo será posible en los acreedores de mayor importancia, y en los más atentos y diligentes, lo que puede truncar la tutela de los intereses puestos en juego.

Por ello el legislador y la doctrina han precisado que el Juez competente para la homologación del Acuerdo, efectuará un **control de oficio sobre el mismo**. Este control se realizará con independencia de que se haya formulado oposición alguna.

Por consiguiente, bien sea a través de la oposición, bien por medio del control de oficio, se asegura que el Acuerdo de Refinanciación típico es digno de ser protegido por las medidas ("*ombrelli protettivi*") dispuestas por el legislador.

A la vista de las conclusiones que hemos alcanzado en cada uno de los capítulos, podemos decir que a través de un procedimiento de homologación completo y obligatorio, se solucionarían los problemas que implica la regulación de los Acuerdos de Refinanciación en España<sup>1015</sup>.

No un procedimiento de homologación como el regulado en la Disposición Adicional 4ª LC, sino uno idéntico al previsto en el artículo 182 bis de la Legge Fallimentare.

Con el procedimiento de homologación italiano, como requisito de la tipicidad del Acuerdo de Refinanciación en España, se acabarían todos los problemas que implican, quedando tutelados todos los derechos puestos en juego<sup>1016</sup>.

---

<sup>1015</sup> Vid. **Tribunale di Roma di 20 di maggio 2010**, en la que se dice que el Juez, en ausencia de oposiciones examinará siempre y en todo caso, la corrección de los negocios jurídicos de ejecución del Acuerdo de Refinanciación, así como la corrección del informe del experto independiente, y la incompatibilidad del mencionado experto; **Corte d'Appello l'Aquila di 10 ottobre 2012, num. 1139**, en la que se dice que la demanda de homologación podrá ser desestimada a propuesta de oposición, o bien de oficio si se apreciara error en la misma o falta de cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos; **Tribunale di Milano, Sez. II, di 11 febbraio 2010**, en la que se dice expresamente que siempre se efectuará un control sobre las condiciones del experto, sobre su informe y sobre los negocios jurídicos en ejecución del Acuerdo, incluso en ausencia de oposiciones;

<sup>1016</sup> Vid. CASTIELLO D'ANTONIO A. (2013), "**Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali**", cit., págs. 308 y 316 a 318, en este sentido. Habla sobre la necesidad del procedimiento de homologación para poder dotar de protección a los Acuerdos de Refinanciación sin afectar a los derechos de los interesados. De un lado, por medio de la oposición y del control judicial, se evitan las posibles acutaciones fraudulentas en el Acuerdo. De otro lado, se permite que los acreedores, y demás interesados, puedan alegar y probar lo que estimen oportuno para evitar la homologación del Acuerdo. Concluye diciendo que es el único medio para asegurar la tutela de los derechos de los acreedores; GALARDO M. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l'impresa**", cit., pág. 153, "*L'importanza del controllo giudiziale risiede allora nella circostanza che in mancanza vi sarebbe un rischio elevatissimo che gli accordi di ristrutturazione divengano uno scudo dietro il quale celae trasferimenti di ricchezza a vantaggio di alcuni creditori e a danno di altri*"; CINCOTTI C/NIEDDU ARRICA F. (2013), "**La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo**", cit., pág. 5, en este sentido, diciendo que el medio para la tutela de los intereses en juego es el procedimiento de homologación del Acuerdo de Refinanciación; MARCHEGIANI L. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare**."

---

**Contributo allo studio del tipo**", cit., pág. 167, "Con riguardo a tale interesse, i terzi godono di uno specifico strumento di difesa, stante la legittimazione, ad esso riconosciuta, all'opposizione prevista e disciplinata dall'art. 182-bis, comma 4: a questa possono accedere, infatti, tutti coloro che, oltre ai creditori, sono portatori di ogni altro interesse, e dunque che, rispetto al contratto di ristrutturazione della cui omologazione si tratta, appaiano titolari di un interesse giuridicamente qualificato e non di mero fatto"; TRONCI L. (2013), "**Perdita della continuità aziendale e strategie di risanamento**", cit., pág. 7, en la que hace una visión comparativa entre el "Piano di Risanamento" y los "Accordi di Ristrutturazione dei debiti". El autor se da cuenta de que el "piano di risanamento" no precisa de la homologación judicial para ser efectivo, mientras que el Acuerdo sí. Continúa diciendo que esto se debe a la gran protección que se les concede a los Acuerdos de Refinanciación y los pactos que incluyen, que es mucho mayor que en el "piano di risanamento". Finaliza su exposición diciendo que en este tipo de soluciones e institutos tan protegidos como los Acuerdos de Refinanciación, será preciso un procedimiento de homologación, o cualquier intervención judicial, para no perjudicar los derechos de los acreedores; GUERRIERI G. (2012), "**Il controllo giudiziale sui piani attestati**", cit., pág. 6, en este sentido, diciendo que el control judicial de la homologación del Acuerdo de Refinanciación es el medio para la tutela de los derechos e intereses en juego; BONFATTI S. (2013), "**Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d'impresa**", cit., págs. 70 y 71, en las que dice que los efectos del Acuerdo de Refinanciación sólo tienen cabida tras el procedimiento de homologación. estos efectos afectan a terceras personas que no han ratificado el Acuerdo, por lo que se les tiene que dar la oportunidad de manifestarse; MAFFEI ALBERTI A. (2013), "**Commentario breve alla Legge Fallimentare**", cit., págs. 1273 y 1274, en este sentido, diciendo que el único medio para tutelar los derechos e intereses puestos en juego, dotando al Acuerdo de la suficiente protección, es por medio del proceso de homologación. Así se evitaría el incumplimiento de los requisitos de tipicidad, además de las actuaciones fraudulentas. De esta forma sólo los Acuerdos de Refinanciación dignos, gozarán de la suficiente homologación; APPIO C. L. (2012), "**Gli accordi di ristrutturazione del debito**", cit., pág. 68, "Non è da escludersi, difatti, che una simile disciplina non possa prestare oñ fianco a profili di incostituzionalità per violazione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale ai sensi dell' art. 24 Cost., posto che l'unico strumento di difesa fornito ai creditori è quello dell'opposizione ai sensi del comma 4 dell'art. 182-bis"; AMBROSINI S. (2012), "**Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**", cit., págs. 113 y 114, en las que expone que el Acuerdo de Refinanciación puede afectar a los derechos de los acreedores, sobretudo a su derecho de defensa. Sin embargo, concluye que gracias al procedimiento de homologación, se tutelan los derechos e intereses de todos; **Cassazione, Sez. I di 15 di settembre 2011, num. 18864**, "L'estensione di efficacia all'intera massa dei creditori, inclusi gli assenti o dissenzienti (oltre che dei terzi a vario titolo incisi dall'opzione concordataria), della proposta approvata a maggioranza assoluta (non più doppiamente qualificata, come nell'art. 177 previgente), rivela l'essenzialità dell'intervento del giudice" [...], "secondo un modello legale non più volontaristico-negoziale, bensì autoritativo, che può essere contrastato solo con formale opposizione al giudizio di omologazione. Sotto il profilo in esame, la sostanziale eterogeneità, conflittuale in re ipsa, degli interessi della massa impedisce, infatti, di ricondurre l'approvazione della maggioranza ad una singola manifestazione di volontà, quale si riscontra negli organismi collettivi con comunione di scopo (art. 2377 c.c., comma 1): e cioè in sostanza, ad una parte unitaria, pur se complessa al proprio interno."; **Cassazione, Sez. Unita, di 23 di gennaio 2013, num. 1521**, en este sentido; **Corte d'Appello di l'Aquila di 10 di ottobre 2012, num. 1139**, en este sentido.

## Conclusioni della tesi.

Per finire il nostro lavoro spiegheremo le nostre conclusioni:

1. Gli Accordi di Ristrutturazione dei debiti tra Spagna e Italia sono quasi simili. Entrambi sono protetti dalle azioni revocatorie. Entrambi godono di altri privilegi (fresh money, divieto d'iniziare azioni esecutivi, etc). Però c'è una differenza importantissima:
  - a. Nella Spagna non c'è nessun controllo sul contenuto degli Accordi di Ristrutturazione tipici. Gli Accordi tipici sono quasi opponibili erga omnes però i creditori (aderenti ed estranei) e qualche altro interessato non potranno fare nulla per evitare la tipicità e così la protezione non meritata.
  - b. Nell'Italia ci sono due controlli sul contenuto degli Accordi. Da un lato un'attestazione del professionista indipendente. Dall'altro una procedura d'omologazione degli Accordi come requisito. Questo potrebbe essere la ragione della, a semplice vista, maggiore protezione degli Accordi nell'Italia.
2. Dopo avere studiato il regime d'irrevocabilità degli atti d'esecuzione degli Accordi di Ristrutturazione tipici avevamo raccolto le seguenti conclusioni:
  - a. Nella Spagna gli atti d'esecuzione degli Accordi sono irrevocabili. Però si possono esercitare gli azioni impugnatorie, come sono l'azione pauliana, ovvero l'azione di nullità. Però quest'azioni soltanto potrebbero essere esercitate dal curatore fallimentare. Questo è un sistema di protezione imperfetto. I creditori estranei non potranno esercitare gli azioni. I creditori aderenti non potranno avere la sicurezza della protezione, posto che questa è incompleta.
  - b. Nell'Italia gli atti d'esecuzione degli Accordi di Ristrutturazione sono inattaccabili. Saranno protetti dall'azione revocatoria fallimentare, dalla revocatoria ordinaria (pauliana) però non dall'azione di nullità. Questo sarebbe una protezione completa. Rispettando il diritto di difesa dei creditori e anche la tutela degli interessi svolti. Da un lato, ogni interessato potrà proporre opposizione e così assicurarsi che gli atti siano degni di tale protezione. Dall'altro i creditori aderenti avranno la sicurezza della protezione di questi atti che hanno ratificato.

In questo punto dobbiamo incidere sulla irrevocabilità. Abbiamo dimostrato, nel trascorrere della tesi, che quest'ombrello protettivo è il più importante di tutti. Nella Spagna non è completo, provocando l'indifensione di tutti gli estranei interessati, e anche l'incertezza dei creditori aderenti. Però nel sistema italiano la protezione è perfetta non essendo ostacolo alla tutela dei diritti e anche degli interessi svolti. Questa differenza viene dall'unica differenza sostantiva nel regime degli Accordi tipici. Cioè la procedura d'omologazione. Così, con questa procedura avremo una protezione completa senza incidere sul diritto di difesa degli estranei.

Però qua troviamo il problema del controllo pregiudiziale. La procedura d'omologazione ha bisogno d'un controllo previo. Se non ci fosse questo controllo la procedura d'omologazione diventerebbe vuota. La ragione versa sulla non competenza del Tribunale per esaminare il contenuto dell'Accordo. Anche non si può esigere al Tribunale la conoscenza necessaria per esaminarlo. Il Tribunale non dovrà nominare un esperto per fare quest'esame, giacchè così s'alungherebbe la procedura. La soluzione la troviamo nel controllo previo, e così la seguente conclusione.

3. Il controllo pregiudiziale previo alla procedura d'omologazione, proposizione al regime scorso:
  - a. Nella Spagna, dopo il 2014, non c'è nessun controllo sul contenuto degli Accordi di Ristrutturazione dei debiti. Siccome c'è bisogno di un controllo previo, per aggiungere la procedura d'omologazione, abbiamo proposto l'inserzione del requisito dell'attestazione del professionista (come c'era prima della riforma). Nello studio dell'attestazione abbiamo trovato il problema dell'indipendenza del medesimo. L'indipendenza non è assicurata, sebbene si prevede una procedura di revoca dell'incarico. Però questa non sarà viabile giacchè manca un sistema di pubblicità pieno della nomina del professionista (il debitore può vietare la pubblicazione della nomina nella fase negoziale dell'Accordo). È un problema che non possiamo lasciarlo così, e cerchiamo la soluzione nel regime italiano.
  - b. Nell'Italia si esiste un controllo pregiudiziale. Questo controllo è pieno. Compie una funzione istruttoria per il Tribunale. Possibilità che il Tribunale, in sede omologatoria, possa esaminare il contenuto dell'Accordo. Nel requisito non troviamo un regime ampio d'indipendenza, neppure un sistema di revocazione della nomina del professionista attestatore. Però l'indipendenza è assicurata per mezzo del processo d'omologazione, giacchè con

l'opposizione ed il controllo giudiziale, si garantisce la correttezza del requisito.

4. Abbiamo seguito il modello italiano per risolvere tutti i problemi degli Accordi di Ristrutturazione dei debiti. È il modello scelto dal legislatore spagnolo nell'anno 2009. Aggiungendo la procedura d'omologazione potremo risolvere i problemi. I mezzi per tutelare i diritti dei creditori e anche gli interessi svolti sono i seguenti:

a. L'opposizione alla richiesta d'omologazione dell'Accordo di Ristrutturazione dei debiti. In questo senso, tutti i creditori estranei, gli aderenti e gli altri interessati possono presentarla. Sebbene non si crea un sistema di notifica a coloro che possono opporsi. La data di scadenza per formularla comincerà il giorno in cui sia pubblicato il decreto che accoglie la richiesta d'omologazione. Questo potrebbe limitare la possibilità d'opporre ai creditori più diligenti, e anche ai creditori più importanti.

b. Un controllo giudiziale in assenza d'opposizioni. Nel caso in cui non ci fossero opposizioni, il Tribunale esaminerà l'Accordo di Ristrutturazione. Questo controllo è più o meno ampio. Sarà un esame sulla presenza dei requisiti e anche un controllo sul contenuto del Accordo alla luce di quanto ha esposto il professionista attestatore. È un controllo che, non essendo completo, è abbastanza per la tutela dei diritti e degli interessi svolti.

5. Una volta visto che la procedura d'omologazione tutela veramente i diritti e gli interessi, possiamo raccomandare la sua inserzione nel regime degli Accordi di Ristrutturazione, come requisito della sua tipicità. Infatti è l'unica soluzione ai problemi di quest'istituto:

a. Con la procedura, possiamo assicurare la meritevolezza degli atti d'esecuzione degli Accordi di Ristrutturazione. Tutti quelli omologati, saranno degni di protezione. Gli atti che abbiano difetti, oppure siano stati creati con animo fraudolento saranno bloccati in sede omologatoria. Sia per mezzo dell'opposizione, sia per il controllo giudiziale, sarà impossibile proteggere atti che non siano beneficiosi per l'Accordo o per la gestione della crisi. Tutti gli Accordi di Ristrutturazione omologati sarebbero idonei ad assicurare la soddisfazione integrale dei creditori estranei.

b. La procedura d'omologazione ha bisogno dell'attestazione dal professionista indipendente per essere un processo completo.

Così il Tribunale potrà fare un controllo sul contenuto degli Accordi di Ristrutturazione senza oltrepassare le sue competenze. Però, il professionista deve essere indipendente, lo che si assicura in sede omologatoria. Se non lo è, la richiesta d'omologazione sarà rifiutata. Così, diremo che la procedura d'omologazione necessita il professionista indipendente, e la sua attestazione ha bisogno della procedura d'omologazione.

Così avremo un regime degli Accordi di Ristrutturazione che tuteli veramente i diritti e gli interessi svolti. Tutti gli atti protetti sarebbero degni di tale protezione (evitando gli atti fraudolenti). E potremo assicurare la correttezza dei requisiti legali per la tipicità degli Accordi.

Dunque i creditori aderenti saranno difesi giacché i suoi atti godranno di una maggiore protezione. I creditori estranei saranno tutelati visto che potranno formulare opposizione se c'è qualche difetto nel proprio Accordo. Gli interessi pubblici saranno anche soddisfatti, nel senso di proteggere soltanto gli atti che veramente siano degni, ed evitando così la possibilità d'atti fraudolenti.

E l'inserzione della procedura come requisito della tipicità, avrà bisogno in ogni caso dell'attestazione del professionista. Senza l'attestazione il Tribunale non potrà esaminare il contenuto dell'Accordo di Ristrutturazione.

Per finire, se torniamo un'altra volta al requisito dell'esperto indipendente, e aggiungiamo un requisito d'omologazione dell'Accordo, si garantirà la tutela completa degli atti d'esecuzione, e anche la protezione completa degli Accordi di Ristrutturazione.

## Bibliografía

ABATE F. (2007), "**Nuovi ruoli e poteri degli organi della procedura fallimentare**", Riv. Giur. Merito, núm. 2

ABEL LLUCH (2010), "**La responsabilidad penal, civil y disciplinaria del perito**", Diario La Ley, núm. 7430 de la Sección Tribuna.

ALBALADEJO M. (1958), "**El negocio jurídico**", Studia Albornotiana, Edit. José M<sup>a</sup> Bosch, Barcelona.

ALBALADEJO GARCÍA M. (1989), "**De la naturaleza y efecto de las obligaciones**", en Comentarios al Código Civil, AAVV dirigida por ALBALADEJO GARCÍA M./DIEZ ALABART S. , Tomo XV, vol. 1, Edit. Edersa, Madrid.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN P. (2008), "**El proceso incidental concursal. El llamado incidente concursal**", en Tratado de Derecho Mercantil, AAVV dirigida por OLIVENCIA RUIZ M./FERNÁNDEZ NOVOA-RODRÍGUEZ C./JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA R., Vol, 7, Edit. Macial Pons, Madrid.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES M (2011), "**Los efectos de la acción rescisoria concursal**", Jornadas de Derecho Civil y Ley Concursal, Málaga, 21 de enero de 2011.

ALTÉS TÁRREGA J.A. (2013), "**La competencia del juez del concurso en materia laboral: Una revisión crítica a la luz de las últimas reformas laborales y concursales**", dirigida por GOERLICH J.M., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia.

AMATO A. / COSTAGLIOLA A. (2011), "**Compendio di diritto processuale civile**", Edit. Maggioli, Santarcangelo di Romagna.

AMBROSINI S. (2007), "**Il nuovo diritto fallimentare**", diretto da JORIO A., coordinato da FABIANI M., Tomo II, Edit. Zanichelli, Bologna.

AMBROSINI S. (2008), "**Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", edit. CEDAM, Padova.

AMBROSINI S (2010), "**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", Il nuovo diritto fallimentare, AAVV, diretto da JORIO A/FABIANI M., Edit. Zanichelli, Bologna.

AMBROSINI S. (2011) "**Profili civil e penali delle soluzioni negoziate nella l.n. 122/2010**", Il Fallimento, núm. 6.

AMBROSINI S. (2012), "**Accordi di Ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134**", Edit. Zanichelli, Edizione I, Bologna.

AMORÓS GUARDIOLA (2007), **“Las acciones rescisorias en relación con el registro de la propiedad. La acción rescisoria concursal”**, Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, núm. 37

APICE U./MANCINELLI S. (2008), **“Diritto Fallimentare. Normativa ed adempimenti”**, edit. Giappichelli, Torino.

APPIO C. L. (2012), **“gli accordi di ristrutturazione del debito”**, Edit. Giuffrè, Milano.

ARA TRIADÚ C. (2013), **“El contenido del acuerdo (I). Los acuerdos de refinanciación”**, en Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat.

ARIAS VARONA F.J. (2013), **“Los acuerdos de refinanciación en el contexto comparado”**, en Conservación de empresas en Crisis, AAVV dirigida por ARIAS VARONA F., Monografía Asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Monografía núm. 17, Edit. La Ley, Madrid.

ATIENZA LÓPEZ J.I (2014), **“Real Decreto-Ley 4/2014 de 7 de marzo: la reforma de la reforma de los acuerdos de refinanciación en el precurso”**, publicado en el sitio web [http://www.elderecho.com/mercantil/Real\\_Decreto-Ley\\_4-2014-acreedores\\_financieros-ley\\_de\\_emprendedores\\_14-2013-acuerdos-refinanciacion-precurso\\_11\\_656305001.html](http://www.elderecho.com/mercantil/Real_Decreto-Ley_4-2014-acreedores_financieros-ley_de_emprendedores_14-2013-acuerdos-refinanciacion-precurso_11_656305001.html) el 17 de marzo 2014.

ÁVILA DE LA TORRE A. (2013), **“El deber de instar el concurso y los acuerdos de refinanciación o reestructuración empresarial”**, en Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat.

AZOFRA VEGAS (2012), **“La invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 16

AZOFRA VEGAS (2012), **“El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación”**, Revista el Notario del siglo XXI, núm. 25.

BASSI A. (2009), **“Lezioni di diritto fallimentare”**, edit. Mulino, Bologna.

BASSI A. (2011), **“La illusione della prededuzione”**, Riv. Giurisprudenza Commerciale, núm. 3.

BELLO A. (2006) **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare”**, Riv. Notariato, núm. 2.

BELTRÁN E. (2012), **“La reforma de la Ley Concursal”**, en **Materiales de la Reforma Concursal 2009-2011**, AAVV coordinada por BELTRÁN E./CAMPUZANO A.B., Edit Tirant lo Blanch, Valencia.

BENINCASA D. (2011), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis Legg. Fall”**, **Le procedure concorsuali** AAVV a cura di CAIAFA A. e coordinato da MATEIS S./SCARAFONI S., edit. CEDAM, Padova.

BERLANGA B. (2014), **“Principales novedades introducidas por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial”**, publicado en el sitio web <http://adarveabogados.wordpress.com/2014/03/10/principales-novedades-introducidas-por-el-real-decreto-ley-42014-de-7-de-marzo-en-materia-de-refinanciacion-y-reestructuracion-de-deuda-empresarial/>, el 10 de marzo 2014.

BERROCAL LANZAROT (2010), **“La acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación”**, **Cuadernos de Derecho y Comercio**, núm. 54.

BERTACCHINI E. (2011), **“Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori”**, **Manuale di diritto fallimentare**, AAVV coordinata da PACCHI S., Edit. Giuffrè, Edizione II, Milano.

BERTACCHINI E. (2011), **“La custodia e l’amministrazione della attività fallimentari”**, **Manuale di diritto fallimentare**, AAVV coordinata da PACCHI S., Edit. Giuffrè, Edizione II, Milano.

BIANCA M. (2000), **“il contratto”**, **Diritto Civile**, vol. III, Edit. Giuffrè, Milano.

BIAVATI P. (2011), **“Argomenti di diritto processuale civile”**, Edit. Bononia University Press, Bologna.

BISCIONE S./PESETTI R. (2012), **“Gli organi della procedura fallimentare”**, **Compendio di diritto fallimentare, Parte 1: Il fallimento**, edit. La Tribuna, Piacenza.

BOGGIO L. (2007), **“Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina”**, edit, Giuffrè, Milano

BOGGIO L. (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione: il primo “tagliando” a tre anni dal “decreto competitività”**, **Riv. Banca, borsa e tit. cred.**, núm. 9.

BONET NAVARRO A. (2010), **“La reforma del incidente concursal”**, **Anuario de Derecho Concursal**, núm. 19.

BONFATTI S. (2009), **“Effetti della revocatoria”**, **Fallimento e le altre procedure concorsuali**, AAVV a cura di FAUCEGLIA/PANZANI, Edit. UTET Giuridica, Torino.

BONFATTI S. (2010), **“Los paraguas protectores de los acuerdos extrajudiciales para prevenir y superar la crisis de la empresa en las reformas de las leyes concursales española e italiana”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 10.

BONFATTI S./CENSONI P.F. (2011), **“Manuale di diritto fallimentare”**, edit. CEDAM, Edición IV, Padova.

BONFATTI S. (2013), **“Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi d’impresa”**, en Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi, AAVV a cura di BONFATTI S./FALCONE G., Edit. Giuffrè, Milano.

BOSCH CAPDEVILA E. (2009), **“Estado de necesidad y consentimiento contractual: ¿Una nueva reinterpretación de los conceptos de violencia e intimidación como vicios del consentimiento a la luz del derecho contractual europeo y comparado”**, Revista crítica de derecho inmobiliario, núm. 711, año 85.

BRIOLINI F. (2012), **“Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies C.c e sull’art. 182-quarter L. Fall”**, Riv. Banca Borsa e titoli di credito, núm. 5.

CALDERÓN P. (2004), **“Juez del concurso”**, en Comentario de la Ley Concursal, AAVV dirigida por ROJO A./BELTRÁN E., coordinada por CAMPUZANO A.B, Tomo I, Edit. Thomsom Civitas, Primera Edición, Madrid.

CALI R. (1887), **“Trattato delle nullità”**, Diritto civile con la scorta della dottrina e della giurisprudenza per l’avvocato, Edit. Unione tipografico-editrice, Torino

CAMPINS VARGAS A. (2000), **“La sociedad profesional”**, Edit. Civitas, Madrid.

CAMPUZANO A.B/ SEBASTIÁN R./TORTUERO J. (2013), **“Esquemas de Derecho Concursal”**, Tomo XXI, Sexta Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia

CANDELARIO MACÍAS / RODRÍGUEZ GRILLO (2004), **“La Administración Concursal”**, Estudios Financieros: Revista de Contabilidad y Tributación, núm. 261.

CAPOBIANCO E. (2010), **“Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d’impresa. Profili funzionali strutturali e conseguenze dell’inadempimento del debitore”**, Riv. Banca, borsa, tit. cred., núm. 3

CARRO ARANA/SOUSA FERNÁNDEZ (2010), **“Los acuerdos de refinanciación en empresas con riesgo de insolvencia en el marco de los procesos concursales”**, Estudios financieros, Revista de contabilidad y tributación, núm. 327.

CASANUEVA SÁNCHEZ (1998), **“La acción de nulidad de testamento”**, Anuario de la Facultad de Derecho, núm. 16.

CASSANDRO T.E. (2011), **“il concordato preventivo. L’ecuzione del concordato preventivo”** Le altre procedure concorsuali. Reati fallimentari. Problematiche comunitarie e trasversali. Fallimento e fisco, AAVV a diretto e coordinato da APICE U., Vol. III del Trattato di diritto delle procedure concorsuali, editorial Giappichelli, Torino.

CASTIELLO D’ANTONIO A. (2013), **“Aspetti problematici degli istituti preconcorsuali”**, en Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi, AAVV a cura di BONFATTI S./FALCONE G., Edit. Giuffrè, Milano.

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO L. (2010), **“El régimen de responsabilidad de las sociedades profesionales”**, Thomson-Aranzadi, Madrid.

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO L. (2010), **“El administrador concursal persona jurídica: su naturaleza jurídica en la Ley 38/2011, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal**, núm. 17.

CENICCOLA A. (2008), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d’impresa dopo le riforme, AAVV, a cura di CELENTANO P/FORGILLO E., editorial Utet Giuridica, Torino

CERDÁ F. (2014), **“La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes”**, Anuario de Derecho Concursal, núm. 33.

CERVERA MARTÍNEZ M. (2012) **“Procedimiento de solicitud de homologación judicial de acuerdo preconcursal de refinanciación”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 17.

CERVERA M. (2014), **“El procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación”**, Anuario de Derecho Concursal, núm. 33.

CINCOTTI C/NIEDDU ARRICA F. (2013), **“La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo”**, Riv. Giurisprudenza Commerciale, núm. 6.

CIPOLLINA S. (2007), **“Elusione fiscale”**, Riv. Dir. Fin., núm. 4.

CIRILLO B/ POSTIGLIONE G (2012), **“Manuale pratico del curatore fallimentare : con formulario e giurisprudenza”**, edit. Maggioli.

COLINO MEDIAVILLA (2009), **“La publicidad del concurso en virtud del Real Decreto-Ley3/2009”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 11.

COLLINGS S. (2011), **“Interpretation an Application of International Standards on Auditing”**, Edit. Wiley, United Kingdom.

COPPOLA A. (2005), **“L’accordo per la ristrutturazione dei debiti”**, Il nuovo concordato preventivo, AAVV, a cura di PACCHI S, Editorial IPSOA, Milán.

CÓRDOBA RODA / GARCÍA ARÁN (2004), **“Del cohecho”**, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, tomo II, Edit. Marcial Pons, Barcelona.

CORTÉS DOMÍNGUEZ / MORENO CATENA (2010), **“El dictamen de peritos”**, Derecho Procesal Civil parte general, edit. Tirant lo Blanch, 4ª Edición, Valencia.

CRECENZO U./PANZANI L. (2005), **“Il nuovo diritto fallimentare”**, Edit. IPSOA, Milano.

CRISTÓBAL MONTES A. (2001), **“Efectos de la acción pauliana”**, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 666.

CRISTOBAL MONTES A. (2003), **“Presupuestos y condiciones de la acción pauliana”**, Revista de Derecho Privado, núm. 3, año 87.

CURTO POLO M. (2013), **“La posición de los acreedores en el acuerdo de refinanciación extraconcursal”**, en Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat.

D’AMBROSIO C. (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, Fallimento e altre procedure concorsuali, diretto da FAUCEGLIA G/PANZANI L., edit. UTET, Milano.

D’ARRIGO C. (2009), **“Pagamento di cambiale scaduta, atte fra coniugi, decadenza dall’azione, revocatoria ordinaria”**, Fallimento e le altre procedure concorsuali, AAVV a cura di FAUCEGLIA/PANZANI, Edit. UTET Giuridica, Torino.

DALFINO D. (2011), **“La liquidazione dell’attivo”**, Manuale di diritto fallimentare, AAVV a cura di TRISORIO G., edit. Giuffrè, Milano.

DANOVI/MASETTI (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Il caso SNIA”**, Riv. Dottori comm., núm. 1.

DASSO A. A. (2013), **“Ristrutturazione extragiudiziale”**, en en Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi, AAVV a cura di BONFATTI S./FALCONE G., Edit. Giuffrè, Milano.

DE CASTRO VÍTORES (2003), **“La acción pauliana”**, Cuadernos civitas de jurisprudencia civil, núm. 62.

DE CASTRO Y BRAVO (1985), El negocio jurídico, Civitas, Madrid.

DE SANTIS A.D. (2011), **“La custodia e l’amministrazione delle attività fallimentari”**, Manuale di diritto fallimentare, AAVV a cura di TRISORIO G., edit. Giuffrè, Milano.

DE TORRES PEREA J.M. (2001), **“Presupuestos de la acción rescisoria”**, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia.

DEL GIUDICE F. (2012), **“Legge Fallimentare Esplicata. La normativa spiegata Articolo per Articolo”**, supervisata da VOLIO A, diretta e coordinata da DI MAJO D., Edit. Simone, Edizione VI, Napoli.

DELGADO J. / PARRA M. A (2003), **“Las nulidades de los contratos Parte 1, Ineficacia, Invalidez y sus modalidades” Manual de las nulidades** manual online <http://www.codigo-civil.org/nulidad/manual/nulidad1.htm>, Zaragoza.

DI MAJO A. (2011), **“Accordi di ristrutturazione”, Trattato delle procedure concorsuali: Vol IV: il superamento della crisi e la conclusione delle procedure**, AAVV a cura di GHIA L./PICCININNI C./SEVERINI F., Edit. UTET Giuridica, Torino.

DI MARZIO F. (1999), **“Illiceità delle clausole abusive”**, Rivista Giustizia italiana, núm. 12.

DI MARZIO F. (2011), **“Il diritto negoziale della crisi d’impresa”**, Edit. Giuffrè, Milano.

DI SANTI P. (2006), **“La revocatoria ordinaria e fallimentare nel decreto sulla competitività”**, Edit. Halley Editrice, Maletica.

DÍAZ MARTÍNEZ M. (2012), **“El incidente concursal: un instrumento autónomo de la tutela en el concurso de acreedores”**, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia.

DÍAZ MARTÍNEZ M./IGLESIAS ESCUDERO S. (2012), **“Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 16.

DÍAZ MORENO A. (2014); **“Los efectos de los acuerdos de refinanciación en un posterior concurso: la clasificación de créditos”**, Anuario de Derecho Concursal, núm. 33.

DÍAZ VALES F. (2010), **“Régimen jurídico de la acción rescisoria concursal”**, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, núm. 3.

DÍEZ-PICAZO L./GULLÓN A. (2001), **“Sistema de Derecho Civil”**, Volumen II, Edición IX, Edit. Tecnos, Madrid.

DIDONE A. (2013), **“La prededuzione dei crediti tra nuovo art. 111 e nuovo art. 182-quarter L. Fall. Prima e dopo la L.N. 134 del 2012”**, Riv. Giustizia Civile, núm. 1.

DIEZ-PICAZO / PONCE DE LEÓN (2007), **“indemnización de daños y restitución de enriquecimientos”**, en La responsabilidad civil y su problemática actual, AAVV coord. MORENO MARTÍNEZ, Edit. Dykinson, Madrid.

DOMENECH E. (2010), **“El informe del auditor”**, Revista Partida Doble, núm. 191.

DOMENECH X./ROJAS GRAELL J. (2010), **“La revisión del PV por terceros”**, en El plan de Viabilidad: Guía práctica para su elaboración y negociación, AAVV dirigida por ROJAS GRAELL J./BERTRAN CODINA S., Edit. Profit, Barcelona

**“El cohecho”** (2005), La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, Estudios Monográficos, Edit. La Ley, núm. 22.

EMBED IRUJO (1996), **“La problemática de los Grupos”** en Derecho de sociedades de responsabilidad limitada, Tomo II, Edit MC Graw Hill, Madrid.

EMBED IRUJO (2003) **“Realidad actual y significado jurídico de los grupos de sociedades”** Introducción al derecho de los grupos de sociedades, Edit. Comares, Granada.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER M. (2013), **“El Plan de Viabilidad en el ámbito de los Acuerdos de Refinanciación”**, en Conservación de empresas en Crisis, AAVV dirigida por ARIAS VARONA F., Monografía Asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Monografía núm. 17, Edit. La Ley, Madrid.

ESCRIBANO GÁMIR R.C. (2007), **“El perjuicio en la acción rescisoria concursal”**, Anuario de Derecho Concursal, núm. 10.

ESTEBAN VELASCO (2005), **“La acción de responsabilidad civil”**, AAVV (Coord. ROJO Á. / BELTRÁN E.) La responsabilidad de los administradores, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia.

FABIANI M. (2005), **“Le trasformazioni della legge fallimentare”**, Foro it., núm. 5.

FABIANI M. (2010), **“Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento”**, il fallimento, núm. 2.

FABIANI M. (2011), **“Diritto fallimentare: un profilo organico”**, edit. Zanichelli, Bologna.

FALCONE G. (2013), **“Modifica e revisione dei piani attestati e degli accordi di ristrutturazione”**, en Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi, AAVV a cura di BONFATTI S./FALCONE G., Edit. Giuffrè, Milano.

FAUCEGLIA G. (2005), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005”**, Riv. Fallimento, núm. 12.

FAZZI L. (2011), **“Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti”**, Riv. Diritto Fallimentare, núm. 3-4.

FERNÁNDEZ CAMPOS J. (1997), **“Algunas consideraciones sobre la acción revocatoria en el Derecho Italiano”**, Anuario de Derecho Civil, núm. 2.

FERNÁNDEZ CAMPOS J. (2007), **“Reintegración del patrimonio del concursado”**, Anales de Derecho, núm. 25.

FERNÁNDEZ DE ARROYABE / ARRANZ PEÑA (1999), **“Las redes de cooperación empresarial: ¿una organización para el próximo milenio?”**, Revista de Dirección, Organización y Administración de Empresas, núm. 21.

FERNÁNDEZ DEL POZO (2009), **“El expediente registral de designación del experto independiente que evalúa el plan de viabilidad de los acuerdos de refinanciación”**, <http://www.arbo.org.es/wp-content/uploads/2009/04/EL%20EXPEDIENTE%20REGISTRAL%20DE%20DESIGNACION%20DEL%20EXPERTO%20INDEPENDIENTE.pdf>

FERNÁNDEZ DEL POZO (2010), **“Una lectura preconcursal de los acuerdos del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación”**, Anuario de Derecho Concursal, núm. 21.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ A. (2012), **“Reflexiones sobre las soluciones preconcursales”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 16.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ C. (1997), **“El Auditor de cuentas. Un estudio de Derecho administrativo”**, Edit. Marcial Pons, Madrid.

FERRI G. JR. (2011), **“Le pretese del terzo revocato nel fallimento”**, a cura di GAMBINO A./LIBONATI B., Edit. Giuffrè, Milano.

FIALE A. (2011), **“Diritto Fallimentare”**, Edit. Simone, Edizione XIX, Napoli.

FIALE A. (2012), **“Diritto Fallimentare”**, Edit. Simone, Edizione XX, Napoli.

FORTUNATO S. (2009), **“La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa”**, Riv. Il Fallimento, núm. 8.

FRASCAROLI SANTI E (1999). **“Le forme (e gli effetti) degli accordi stragiudiziali per la soluzione delle crisi di impresa”**, Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi di impresa, AAVV, a cura di BONFATTI S./FALCONE G., Milano.

FRASCAROLI SANTI E. (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale”**, editorial CEDAM, Padova.

GABRIELLI E. (2012), **“Il contratto e il suo oggetto nel diritto italiano”**, Riv. Trim. di Dir. Proc. Civ., núm. 1.

GALARDO M. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Risanare l’impresa”**, Edit. Maggioli Editore, Edizione II, Dogana.

GALEOTE M. P. (2012), **“El sistema de publicidad de las resoluciones concursales”**, Anuario de Derecho Concursal, núm. 20.

GALGANO F. (2010), **“Le obbligazioni generale, il contratto in generale. I signoli contratti”**, Trattato di diritto civile, Edit. CEDAM, Edizione II, Padova.

GÁLLEGO LANAU M. (2013), **“La cesión global de activo y pasivo como medida de autocomposición de una situación de crisis empresarial”**, en Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat.

GALLETI D. (2006), **“I piani di risanamento e di ristrutturazione”**, Riv. Trimestrale di Diritto Processuale Civile, núm. 4.

GARCÍA GÓMEZ (2012), **“Supuestos de responsabilidad civil de los artículos 1903 a 1910 del Código Civil”**, Práctica de Derecho de Daños, revista especializada en responsabilidad civil y seguros, núm. 103.

GARCÍA MARRERO (2011), **“El estatuto de la Administración Concursal: Algunas cuestiones problemáticas sobre su nombramiento”**, ponencia de las XXXIII Jornadas de la Abogacía General del Estado, [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292347816961?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia\\_de\\_Javier\\_Garc%C3%ADa\\_Marrero.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292347816961?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_Javier_Garc%C3%ADa_Marrero.PDF)

GARCÍA-CRUCES J.A. (2009), **“Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores”** en la Reintegración en el concurso de acreedores edit. Aranzadi.

GARCÍA-CRUCES J.A. (2013), **“Configuración general de los instrumentos preventivos y paliativos de la insolvencia”**, en Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat.

GARCÍA LUENGO R/SOTO VÁZQUEZ R. (1991), **“El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima (Comentarios y Jusriprudencia)”**, Edit. Comares, Granada.

GARCÍA PÉREZ R. (1997) **“El ejercicio en sociedad de profesionales liberales”**, Edit. Bosch, Barcelona.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN G./TOMÁS TOMÁS S. (2013), **“Impugnación de la homologación del acuerdo de refinanciación”**, en **Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis**, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat.

GARCÍA SANZ A. (2006), **“El sistema de reintegración de la masa en la Ley Concursal”**, **Estudios de Derecho Concursal**, AAVV, coordinada por PEINADO GARCÍA J.I./ VALENZUELA GARACH F.J., Marcial Pons, Madrid.

GARCÍA VICENTE J.R. (2013), **“Deberes en la negociación y responsabilidad precontractual”**, en **Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis**, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat.

GARCÍA-VILLARBA M./RODRÍGUEZ L.E. (2010), **“Los acuerdos de refinanciación tras la comunicación ex artículo 5.3 Ley Concursal”**, **Anuario de Derecho Concursal**, núm. 20.

GIANNELLI G. (2005) **“Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell’impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni, Riv. Diritto Fallimentare**, núm. 1

GIMÉNEZ SÁNCHEZ (2010), **“Medios de prueba: la prueba pericial”**, **Conceptos básico di Derecho Procesal Civil**, AAVV coordinada por ROBLES GARZÓN, Edit. Tecnos, 2ª Edición, Madrid.

GIORGETTI M. (2013), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti”**, en **Soluzioni negoziali della crisi d’impresa dopo il decreto sviluppo (L. 134/2012)**, AAVV a cura di GIORGETTI M. con la collaborazione di LOCATELLI F., Edit. CEDAM, Lavis.

GIRONE L. (2008), **“L’accordo di ristrutturazione a seguito del decreto correttivo: la lettura retrospettiva di un provvedimento antecedente rivea che le modifiche introdotte dalla novella non sono meramente formali”**, **Riv. Diritto Fallimentare**.

GIRONE L. (2011), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, in **le oltre procedure concorsuali Reati fallimentari Problematiche Comunitarie e trasversali Fallimento e Fisco, Tratamento delle procedure concorsali**, diretto e coordinato da APICE U., Torino.

GÓMEZ AMIGO L, (2014), **“La tramitación del incidente concursal”**, **Anuario de Derecho Concursal**, núm. 33.

GÓMEZ MARTÍN (2009), **“Falsedad documental y principio acusatorio”**, **revista online Legaltoday.com**, y consultado en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/economico/falsedad-documental-y-principio-acusatorio>.

GONZÁLEZ PILLADO/IGLESIAS CANLE (2000), **“La prueba pericial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”**, Revista Jurídica Gallega, núm. 27.

GRAMAGLIA D. (2011), **“Manuale breve di diritto processuale civile”**, Edit. Giuffrè, Milano.

GROSSI M. R. (2009), **“Il nuovo curatore fallimentare: Guida pratica con formulario”**, Edit. Giuffrè, Milano.

GUERRERO C. (2014), **“El concepto de puerto seguro en la nueva reforma preconcursal”**, en la dirección de internet <http://www.carlosguerrero.es/2014/03/19/el-concepto-de-puerto-seguro-en-la-nueva-reforma-preconcursal/>, de 19 de marzo 2014.

GUERRIERI G. (2012), **“Il controllo giudiziale sui piani attestati”**, Riv. Giurisprudenza Commerciale, núm. 3

GUGLIELMUCCI L. (2008), **“Diritto fallimentare”**, edit. Giappichelli, edición III, Torino.

GUILARTE MARTÍN-CALERO C. (2011), **“Reintegración concursal: devolución de las prestaciones y mala fe (comentario de la STS de 27 de octubre de 2010”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 14.

HAYES R.S./DASSEN R./SCHILDER A./WALLAGE P. (2005), **“Principles of Auditing an Introduction to International Standards on Auditing”**, Edit. Financial Times Prentice Hall, Edizione II, Amsterdam.

HERNÁNDEZ SAINZ E. (2013), **“La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación”**, en Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat.

HERRERO PEREZAGUA J.F. (2013), **“Las tasas judiciales y la homologación del acuerdo de refinanciación”**, en Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat.

IMPAGNATIELLO G. (2011), **“L'accertamento del passivo”**, Manuale di diritto fallimentare, AAVV a cura di TRISORIO G., edit. Giuffrè, Milano.

INZITARI B. (2011), **“Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall: natura, profili funzionali e limiti dell'oposizione degli estranei e dei terzi”**, Riv. Dottori. Comm., núm. 4.

INZITARI B. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.: natura, profili funzionali e limiti dell’opposizione degli estranei e dei terzi”**, Riv. Diritto Fallimentare, núm. 1.

IÑIGO FUSTER A. (2011), **“El Administrador Concursal persona jurídica tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”**, Revista Ceflegal, núm. 130.

IZQUIERDO CARRASCO M. (2012), **“La supervisión pública sobre entidades bancarias”**, La regulación económica. En especial, la regulación bancaria AAVV dirigida por REBOLLO PUIG, Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba, Iustel, Madrid.

JACQUET YESTE T. (2013), **“Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 18.

JANÉ BONET J (1995), **“Análisis jurídico de la auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor”**, Edit. J. M. Bosch, Barcelona.

JORIO A. (2010), **“Il concordato preventivo: struttura e dase introduttiva”**, Il nuovo diritto fallimentare; novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma, AAVV a cura di JORIO A / FABIANI M., Edit. Zanichelli, Bologna.

JORIO A.(2011) **“Le soluzioni alternative al fallimento e la conservazione dell’impresa”**, La riforma de la Legge Fallimentare, AAVV a cura di FORTUNATO S./ GIANNELLI G./ GUERRERA F. /PERRINO M. Milán.

LA CROCE G. (2010), **“Le soluzioni “negoziare” alla crisi d’impresa. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, Riv. Giur, it., núm. 11.

LABATUT SERER G. (2014), **“Modificación de la Ley Concursal mediante el Real Decreto Ley 4/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial”**, publicado en el sitio web <http://gregoriolabatut.blogcanalprofesional.es/modificacion-de-la-ley-concursal-mediante-el-real-decreto-ley-42014-de-medidas-urgentes-en-materia-de-refinanciacion-y-reestructuracion-de-la-deuda-empresarial/>, el 10 de marzo 2014.

**“La Financiación Propia”**, boletín informativo del Servicio de Creación de Empresas, también conocido como Vivero de Empresas, consultado en [http://www.creacionempresas.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=587&Itemid=422](http://www.creacionempresas.com/index.php?option=com_content&task=view&id=587&Itemid=422)

LAPIEDRA / SMITHSON (1998) **“Análisis del proceso de formación de una red de empresas: estudio de un caso en el sector del automóvil”**, Revista de Economía y Empresa, vol. XII, núm. 33.

LARGO GIL R. (2013), **“El contenido del acuerdo (II): los acuerdos de reestructuración empresarial”**, en **Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis**, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat.

LEÓN F. (2004), **“Acciones de reintegración”**, **Comentario de la Ley Concursal**, AAVV dirigida por ROJO A./BELTRÁN E., coordinada por CAMPUZANO A.B, Tomo I, Edit. Thomsom Civitas, Primera Edición, Madrid.

LEÓN F. J. (2013), **“La función de la acción rescisoria desde la perspectiva del tercero”**, a propósito del libro “le pretese del terzo revocato nel fallimento” de Giuseppe Ferri jr., **Anuario de derecho concursal**, núm. 28.

LEÓN F.J. (2014), **“La ineficacia de los acuerdos de refinanciación”**, **Anuario de Derecho Concursal**, núm. 33.

LO CASCIO G. (2010), **“Il piano attestato di risanamento”**, **La crisi d’impresa: questioni controverse del nuovo diritto fallimentare**, AAVV a cura di DI MARZIO, Edit. CEDAM, Padova.

LO CASCIO G. (2011) **“il concordato preventivo”**, edición VIII, Milán

LOCATELLO F. (2013), **“Novità in tema di azione revocatoria fallimentare per favorire la continuità aziendale”**, en **Soluzioni negoziali della crisi d’impresa dopo il decreto sviluppo (L. 134/2012)**, AAVV a cura di GIORGETTI M. con la collaborazione di LOCATELLI F., Edit. CEDAM, Lavis.

LONGO D. (2011), **“La dichiarazione di fallimento: contenuto, competenza e gravami”**, **Manuale di diritto fallimentare**, AAVV a cura di TRISORIO G., edit. Giuffrè, Milano.

LÓPEZ MÁÑEZ L.E. (2012); **“Administración concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003”**, **Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal**, núm. 16.

LÓPEZ SÁNCHEZ J. (2013), **“El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación”**, en **Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis**, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat.

LOREDO COLUNGA (2009), **“Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil”**, **Revista para el Análisis del Derecho**, núm. 3.

LUNA SERRANO A. (1981), **“Los vicios del consentimiento contractual”**, **Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo**, AAVV con la colaboración de POLO A., Edit. EDERSA, Madrid.

MACHADO MARTÍN F.J. (1995), **“Acciones de nulidad y límites de la revisión de oficio de los actos nulos”**, La Ley, revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 3.

MAFFEI ALBERTI A. (2013), **“Commentario breve alla Legge Fallimentare”**, con la collaborazione di GUERRIERI G, Ediz. VI, Edit. CEDAM, Milano.

MAIRATA LAVIÑA / ROLDÁN SANTÍAS **“Subordinación y grupos de empresas: Cuestiones interpretativas”** Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 16.

MANDRIOLI L. (2009), **“La relazione del professionista del piano di risanamento stragiudiziale attestato”**, Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare, a cura di CAIAFA A., con la collaborazione di DE MATTEIS S/SCARAFONI S, Edit. UTET Giuridica, Torino.

MANRESA Y NAVARRO J. M. (1950), **“Comentarios al Código Civil español”**, Tomo VIII, Volumen II, Edición V, Edit. Instituto Editorial Reus, Madrid.

MANZANARES A. (2013), **“Refinanciaciones y unanimidad, una reforma urgente”**, en El País, artículo de 19 de mayo de 2013.

MARCHEGANI L. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare. Contributo allo studio del tipo”**, Edit. Giuffrè, Milano.

MARCOS GONZÁLEZ M. (2010), **“Aspectos procesales de la nulidad contractual”**, Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia, núm. 1.

MARENCO F. (2008), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti. Profili economici, civilistici, fiscali e di responsabilità dei partecipanti all’intesa”**, editoria ITA Edizioni, Torino.

MARTÍN PASTOR (2010), **“La prueba pericial”**, en Derecho procesal Civil, AAVV coordinada por ORTELLS RAMOS, Edit. Aranzadi, 10ª edición, Pamplona.

MARTÍN REYES M.A. (2010), **“El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 10.

MARTÍNEZ LAGUNA L/RODRÍGUEZ MARTÍN A./YUBERO HERMOSA P. (2006), **“La independencia del auditor y los conflictos de interés en auditoría”**, Revista Partida Doble, núm. 180.

MARTÍNEZ NOVELLA (2002), **“La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios”**, Cuadernos de Derecho Local, núm. 0.

MARTINEZ ROSADO J. (2013), **“Extensión subjetiva de los acuerdos de refinanciación”**, en Conservación de empresas en Crisis, AAVV dirigida por ARIAS

VARONA F., Monografía Asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Monografía núm. 17, Edit. La Ley, Madrid.

MAS BADÍA M.D. (2011), **“Sentencia de 10 de junio de 2010: Error sustancial en el consentimiento”**, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 85.

MEO G. (2011), **“I piani attestati di risanamento”**, Trattato delle procedure concorsuali: Vol IV: il superamento della crisi e la conclusione delle procedure, AAVV a cura di GHIA L./PICCININNI C./SEVERINI F., Edit. UTET Giuridica, Torino.

MERZ S./SGUOTTI P. (2002), **“Manuale pratico delle invalidità: nullità, inesistenza, annullabilità, rescindibilità nel diritto civile-fallimentare-amministrativo-fiscale e previdenziale; nel processo civile tributario e amministrativo”**, con la collaborazione di DALL’AQUA E./DEL MARTELLO C./FRANCESCHETTI P./LELLI MAMI G./MANTORANA G./MERZ G. M./NARDINO S./PIETROPOLLI M./TRENTIN D./VETTORE T./ZITO G, Edit. CEDAM, Padova

MIELGO ALVÁREZ M.T. (2012), **“Los acuerdos preconcursales de refinanciación”** Escritura Pública, núm. 77

MIGNOT AZNAR (2010), **“Contenido y alcance del informe del experto independiente en las fusiones apalancadas del art. 35 LME”**, Revista del Derecho de Sociedades, núm. 35.

MONSERRAT VALERO A. (2002), **“Criterios sobre la esencialidad del error vicio en el objeto contractual”**, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, AAVV coordinada por CABANILLAS SÁNCHEZ A., Vol. II.

MORALEJO I. (2013), **“Efectos de los acuerdos en relación con terceros: Irrescindibilidad del acuerdo y otros efectos”**, en Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat.

MORALES PRATS / RODRÍGUEZ PUERTA (2011), **“Del cohecho”**, en Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, AAVV coordinada por QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, 9ª Edición, Navarra.

MORATILLA GALÁN (2008), **“La causa como razón de ser del contrato con el propósito último y coincidente que conduce a las partes a su celebración”**, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 705.

MOYA YOLDI J. (2009), **“Los acuerdos de refinanciación de la nueva disposición adicional cuarta de la Ley Concursal”**, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 8.

MUÑOZ CUESTA (2008), **“Inspector de Trabajo y Seguridad Social comete el delito de negociaciones prohibidas al asesorar a una empresa privada”**, Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 19.

NARDECCHIA G. B. (2010), **“Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e proceso per fallimento”**, Riv. Il Fallimento, núm. 2.

NARDECCHIA G. B. (2011), **“La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, Riv. Fallimento, núm. 6.

NIEDDU ARRICA F. (2013), **“Finanziamento e sostenibilità dell’indebitamento dell’impresa in crisi”**, Riv. Giurisprudenza Commerciale, núm. 4

NIETO DELGADO C. (2011), **“Comunicación previa del art. 5.3 LC, nuevos institutos preconcursales y reglamento (CE) nº. 1346/2000, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal**, núm. 15.

NIETO DELGADO C. (2012), **“Reforma concursal: diez críticas esenciales al Proyecto de Ley”**, en Materiales de la Reforma Concursal 2009-2011, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia.

NIGRO A./VATTERMOLI D. (2009), **“Diritto della crisi delle imprese”**, editorial Il Mulino, Bologna.

NOCERA LIBERO I (2011) **“Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: un'analisi di diritto civile”**, Riv. Trim. dir. Proc. Civ., núm. 4.

NORELLI E. (2010), **“Il giudizio di omologazione del concordato preventivo”**, La crisi d’impresa: questioni controverse del nuovo diritto fallimentare, AAVV a cura di DI MARZIO, Edit. CEDAM, Padova.

OLIVENZA RUIZ M. (2012) **“Los motivos de la Reforma de la Ley Concursal”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 17.

OSSORIO MORALES / OSSORIO SERRANO (2006), **“Ineficacia de los contratos”**, Curso de Derecho Civil II: derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos, edit. Tirant lo Blanch, Valencia.

PACCHI S. (2011), **“Gli organi preposti al fallimento parte II”**, Manuale di Diritto Fallimentare, AAVV coordinata da PACCHI S., edit. Giuffrè Editore, Seconda Edizione, Milano.

PACCHI S. (2013), **“La quinta etapa de la reforma concursal italiana”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 18.

Página oficial del Financial Stability Board, como uno de los centros de la economía mundial y del G-20, en [www.fsforum.org](http://www.fsforum.org), consultada en abril de 2014.

PAGNI I. (2010), **“I presupposti. La dichiarazione di fallimento. Le soluzioni concordatarie”**, Trattato di diritto fallimentare, diretto da BUONOCORE V./BASSI A., coordinato da CAPO G./DE SANTIS F./Meoli B., vol. 1, Padua.

PAJARDI P. (2009) **“Codice del fallimento”**, a cura di BOCCHIOLA M./PALUCHOWSKI A., editorial Giuffrè, edición VI, Milán.

PALÁ LAGUNA R. (2013), **“Concepto de entidad financiera, homologación de acuerdos de refinanciación y derecho de voto del convenio concursal”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 18.

PALUCHOWSKI A. (2011), **“Art. 182 bis diritto processuale, contenuti sostanziali e controllo giurisdizionale”**, Riv. Il Fallimento, núm. 1.

PANIAGUA ZURERA M. (2011), **“Los acuerdos de refinanciación en la última reforma de la Ley Concursal”**, Revista Andalucía Económica, núm. 238.

PANZANI L. (1997) **“La gestione stragiudiziale dell’insolvenza”**, Fallimento, núm. 6.

PARRA LUCÁN (2010), **“La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos”**, Anuario de Derecho concursal, núm. 19.

PASQUAU LIAÑO M. (2006), **“La acción de nulidad sí prescribe”**, Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia, núm. 1.

PAVÓN NEIRA C. (2013), **“Institutos preconcursales y refinanciación de deudas”**, Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat.

PELLEGRINELLI P. (2013), **“Il reato di falso in attestazioni e relazioni e l’estensione dell’esenzione dai reati di bancarotta”**, en Soluzioni negoziali della crisi d’impresa dopo il decreto sviluppo (L. 134/2012), AAVV a cura di GIORGETTI M. con la collaborazione di LOCATELLI F., Edit. CEDAM, Lavis.

PENTA A. (2011), **“I poteri di controllo del tribunale in sede di omologazione di un concordato fallimentare”**, Riv. Diritto Fallimentare, núm. 5.

PERUGINI G. M. (2010), **“Accordi di ristrutturazione dei debiti: omologazione, richiesta da gruppi societari e condizioni di attuabilità (il caso Risanamento). Prime considerazioni”**, Riv. Diritto Fallimentare, núm. 2.

PICÓ I JUNOY (2000) **“EL ARTÍCULO 343”**, en Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, AAVV coordinada por GUILARTE GUTIERREZ, dirigida por LORCA NAVARRETE, edit, Lexnova, Tomo II, Valladolid.

PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA J.I. (2001), **“Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil español”**, Edit. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla.

PIÑEL LÓPEZ (2009), “Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 11.

PIRRUCCIO O. (2005), “La nullità del contratto tra causa illecita e motivo illecito comune”, Riv. Giur. Merito, núm. 1.

PLANA PALUZIE (2012), “La refinanciación de empresas en crisis en el derecho concursal: análisis de su regulación y principales aspectos prácticos”, Noticias Jurídicas.com.

POLISENO B. (2011), “Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori”, Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali, AAVV a cura di TRISORIO G., Edit. Giuffrè, Milano.

PONS ALBENTOSA L. (2012) “Los auxiliares delegados de la administración concursal tras la reforma operada por la Ley 38/2011 de 10 de octubre”, Boletín de Mercantil, núm. 49.

PRESTI G. (2006), “L’art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale”, Riv. Fallimento, núm. 2.

PRESTI G. (2008) “Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo”, Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma “organica” al decreto “correttivo”, AAVV, a cura di AMBROSINI S., Bologna.

PRICH VALENTÍ (2009), “La actuación del experto independiente en la Disposición Adicional 4ª del RDL 3/2009”, Guía de orientación para economistas, editada por el Consejo General de Colegios de Economistas de España.

PRIORIETTI R. (2008), “I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti”, Riv. Diritto Fallimentare, núm. 2.

PROTO A. (2012), “Lezioni di Diritto Processuale Civile”, Edit. Jovene editore, Napoli.

PROTO C. (2006), “Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”, Riv. Fallimento, núm. 2.

PROTO C. (2007), “Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice”, Riv. Fallimento, núm. 2.

PULGAR EZQUERRA J. (2009), “La reactivación de las sociedades profesionales”, Revista de Derecho de Sociedades, núm. 32.

PULGAR EZQUERRA J. (2009), **“Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 en el marco del RDL 3/2009”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 11.

PULGAR EZQUERRA J. (2011) **“Preconcurso y acuerdos de refinanciación”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 14.

PULGAR EZQUERRA J. (2011), **“Acuerdo de refinanciación y *Fresh Money*”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 15.

PULGAR EZQUERRA J. (2011), **“La potenciación de los acuerdos de refinanciación en la reforma de la Ley Concursal”**, Escritura Pública, núm. 71

PULGAR EZQUERRA J. (2011), Simposio Internacional de Redes empresariales y crisis económica, celebrado en la Universidad de Valencia el 29 de septiembre de 2011, con la Ponencia de la Dra. D<sup>a</sup>. Juana Pulgar, <http://mmedia.uv.es/buildhtml/27295>

PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Reforma concursal, satisfacción de acreedores y reestructuración de empresas en crisis”**, El Notario del siglo XXI, núm. 42.

PULGAR EZQUERRA J. (2012) **“Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 16.

PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Acuerdos de Refinanciación, escudos protectores y garantías reales”**, [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292347817007?blobheader=application%2Fpdf&amp;blobheadername1=Content-Disposition&amp;blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia\\_de\\_Juana\\_del\\_Pulgar\\_Ezquerria.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292347817007?blobheader=application%2Fpdf&amp;blobheadername1=Content-Disposition&amp;blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_Juana_del_Pulgar_Ezquerria.PDF)

PULGAR EZQUERRA J. (2012), **“Preconcurso y Acuerdos de Refinanciación”**, Edit. La Ley, Madrid.

PULGAR EZQUERRA J. (2013), **“La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della ley concorsual spagnola 22/2003”**, traducción de FALCONE G., en Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione delle crisi, AAVV a cura di BONFATTI S./FALCONE G., Edit. Giuffrè, Milano.

PULGAR EZQUERRA J. (2014), **“Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de Emprendedores”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 20.

PULGAR EZQUERRA J. (2014), **“Ley 17/2014 de medidas urgentes 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, año XXXV.

QUINTERO OLIVARES (2011), "**Del cohecho**", en Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, AAVV coordinada por QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, 9ª Edición, Navarra.

RECALDE A. (2014), "**Los acuerdos de refinanciación mediante la conversión de deudas en capital**", Anuario de Derecho Concursal, núm. 33.

REDENTI E./VELLANI M. (2011), "**Diritto processuale civile**", con la collaborazione di VELLANI C., Edit. Giuffrè.

Reunión de los Jueces de lo Mercantil de Madrid de 13 de diciembre de 2011, en <http://www.aelac.es/sites/default/files/COCLUSIONES%CRITERIOS%20REUNION%20JUECES%20MAD%202011.pdf>, consultada en mayo 2012.

RIMBLÁS J (1958), "**Código Civil. Interpretato y anotado, con arreglo a las modificaciones introducidas por la ley 24 de abril de 1958**", Edición II reelaborada y puesta al día por MAJADA A., Edit. Bosch, Barcelona.

RINALDI V.(2007),"**Gli accordi di ristrutturazione dei debiti**", Il diritto fallimentare riformato. Comento sistematico, AAVV a cura di SCHIANO DI PEPE G., Padua.

RODRIGO DE LARRUCEA J./PEDREÑO L. (2012), "**Lecciones de Derecho Concursal**", con la dirección <http://upcommons.upc.edu/e-prints/bitstream/2117/2844/1/LECCIONES%20DERECHO%20CONCURSAL%202009.pdf>, consultado en enero de 2014;

RODRÍGUEZ CONDE C. (2012), "**Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011**", Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat.

RODRÍGUEZ MORATA F.A. (1993), "**Donación de inmuebles: acción rescisoria por fraude de acreedores. Caducidad: cómputo del días a quo, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1993**", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 31.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ S. (2007) "**La subordinación de los créditos de los socios en las sociedades de capital**", Anuario de Derecho Concursal, núm. 7.

ROJAS GRAELL S/ BERTRAN CODINA S/ AMAT O. (2010), "**Elaboración del PV**", en El plan de Viabilidad: Guía práctica para su elaboración y negociación, AAVV dirigida por ROJAS GRAELL J./BERTRAN CODINA S., Edit. Profit, Barcelona

ROLFI F (2011), "**Gli accordi di ristrutturazione: profili procesuali e ricadute sostanziali**", Riv. Fallimento, núm. 1.

ROMANO D. (2013), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L.N. 83 del 2012”**, Riv. Giustizia Civile, núm. 10.

ROPPO V. (2008), **“Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti di impresa)”**, Riv. Diritto Fallimentare, núm. 3-4.

SACCO R. (2004), **“Il contratto”**, Trattato di diritto civile, Edit. UTET, Edizione III, Torino.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (1995), **“La revocación del auditor de cuentas en la Sociedad Anónima”**, en Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont, AAVV, Edit., Tirant lo Blanch, Valencia.

SÁNCHEZ-CALERO (2010), **“Refinanciación y reintegración concursal”**, Anuario de Derecho Concursal, núm. 20.

SANCHO GARGALLO, **“La refinanciación desde la perspectiva de las acciones rescisorias”**, [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292347816992?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia\\_de\\_Ignacio\\_Sancho\\_Gargallo.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292347816992?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_Ignacio_Sancho_Gargallo.PDF)

SANDULLI M. (2009), **“La crisi dell’impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali”**, edit. Giappichelli, Torino.

SANNA V. (2009), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: profili pubblicitari”**, Profili della nuova legge fallimentare, a cura di IBBA C., edit. Giappichelli, Torino.

SANZ BAYÓN (2010), **“Comentario sobre la nueva Ley de Sociedades de Capital”**, Icade. Revista de las Facultades de Derecho, Ciencias económicas y Empresariales, núm. 81.

SAVIOLI G. (2010), **“L’attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa”**, Riv. Il Fallimento, núm. 3.

SCARSELLI G. (2011), **“La dichiarazione di fallimento”**, Manuale di diritto fallimentare, AAVV coordinata da PACCHI S., Edit. Giuffrè, Milano.

SCARSELLI G. (2011), **“L’accertamento del passivo”**, Manuale di diritto fallimentare, AAVV coordinata da PACCHI S., Edit. Giuffrè, Milano.

SCARSELLI G. (2011), **“Le sistemazione stragiudiziali (ovvero, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani di risanamento delle esposizioni debitorie”**, Manuale di diritto fallimentare, AAVV a cura di PACCHI S., Edit. Giuffrè, Milano.

SENÉS C. (2014); **“La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores”**, Anuario de Derecho Concursal, núm. 33.

SERRA RODRÍGUEZ (2008), **“La acción pauliana y las acciones rescisorias concursales”**, Revista de derecho patrimonial, núm. 20.

SERRANO ACITORES (2010), **“El principio de conservación de los contratos frente a las figuras de la nulidad y la anulabilidad”**, Noticias Jurídicas. en la página <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201006-83473947392.html>

SOLLINI E. (2011), **“Il curatore fallimentare: Guida completa”**, edit. Simone, Napoli.

SPADA M. L. (2011), **“Degli organi preposti al fallimento”**, Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali, Edit. Giuffrè, Milano.

STESURI A. /GIORGETTI M (2010), **“Profili di diritto fallimentare”**, edit. CEDAM.

SUÁREZ ENCISO F./ALVARADO RIQUELME M./PULIDO ÁLVAREZ A (2010), **“Una reflexión sobre la nueva LAC”**, Revista Partida Doble, núm. 225.

TARANTINO G. (2011), **“Nomina e requisiti del curatore fallimentare”**, **Studi in onore di Umberto Belviso. Volumen II**, con la collaborazione di Umberto Belviso, Edit. Caducci.

TIRADO I. (2004), **“Recusación”**, en Comentario de la Ley Concursal, AAVV dirigida por ROJO Á. / BELTRÁN E., coordinada por CAMPUZANO A.B., Tomo I, Edit. Thomson Civitas, 1ª Edición, Madrid.

TIRADO I. (2004), **“Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales”**, Comentario de la Ley Concursal, AAVV dirigida por ROJO A./BELTRÁN E., coordinada por CAMPUZANO A.B, Tomo I, Edit. Thomsom Civitas, Primera Edición, Madrid.

TORTORICI G.V. (2012), **“il curatore fallimentare: Guida operativa”**, Edit. FAG Milano

TRENTINI C (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”**, Monografía en Fallimento e le altre procedure concorsuali, a cura di LO CASCIO G/FABIANI M./PATTI A., edit. IPSOA, Milanofiori Assago.

TRISORIO G. (2011), **“La domanda di ammissione del credito”**, Riv. Il fallimento, núm. 9.

TRONCI L. (2013), **“Perdita della continuità aziendale e strategie di risanamento”**, Riv. Giurisprudenza Commerciale, núm. 6.

URÍA FERNÁNDEZ F./Calvo González-Vallinas J. (2013), **“El nuevo régimen de las refinanciaciones y reestructuraciones ante el concurso”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 18.

VALENCIA F. (2014), **“La tipología de los acuerdos de refinanciación”**, Anuario de Derecho Concursal, núm. 33.

VALENSISE P. (2010), **“La legge fallimentare dopo la riforma”**, a cura di NIGRO A./SANDULLI M./SANTORO V., editorial Giappichelli, Tomo III, Torino.

VALENSISE P. (2012), **“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare”**, diretta da SANDULLI M/SANTORO V, edit. Giappichelli, Torino.

VALPUESTA GASTAMINZA E. (2010), **“Comentarios a la Ley Concursal”**, Edit. Thomson Reuters, Pamplona.

VALPUESTA GASTAMINZA E. (2011) **“Los acuerdos de refinanciación en el proyecto de reforma de La Ley Concursal”**, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 15.

VATTIER FUENZALIDA C. (1990), **“Interpretación del contrato y nulidad. Contrato mixto de arrendamiento y compraventa. Falta de objeto y causa”**, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil, núm. 22.

VERNA G. (2008), **“I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182 bis Legge Fallim.), Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma “orgánica” al decreto “correttivo”**, AAVV a cura di AMBROSINI S., Bologna.

VERNA G. (2010), **“La responsabilità de curatore fallimentare”**, Riv. dottori comm., núm. 1.

VILLACAMPA ESTIARTE (1999) **“La falsedad documental: Análisis Jurídico-Penal”** edit. Cedecs, Barcelona.

VILLACORTA HERNÁNDEZ M. A. (2007) **“La independencia del auditor de cuentas externo”**, Revista CES Felipe II, núm. 6.

VILLORIA RIVERA I. (2007) **“La subordinación de los créditos de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios”** Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 7.

VIÑUELAS SANZ M. (2013), “Inmunidad a la rescisión y prededucción de la nueva financiación en la Ley 38/2011 (Intereses en juego y opciones de política legislativa)”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 18.

VIÑUELAS SANZ M. (2013), “Privilegio del fresh money en la Ley 38/2011”, en Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat.

YÁÑEZ YÁÑEZ P. (2011), “Administración Concursal y personas jurídicas”, Diario El Economistas Iuris&Lex, consultado en enero de 2012.

ZANICHELLI V. (2010), “I concordati giuduziali”, edit. Utet Giuridica, Torino.

ZOCCA L. (2011), “La relazione del professionista e sue responsabilità”, Trattato delle procedure concorsuali: Vol IV: il superamento della crisi e la conclusione delle procedure, AAVV a cura di GHIA L./PICCININNI C./SEVERINI F., Edit. UTET Giuridica, Torino.

ZORZI A. (2009), “Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)”, Riv. Giur. Comm., núm. 6.

ZUBIRI DE SALINA M. (2013), “El contenido del acuerdo (III): la justificación material del acuerdo: el informe del experto independiente”, en Los Acuerdos de Refinanciación y de Reestructuración de la empresa en crisis, AAVV dirigida por GARCÍA-CRUCES J.A., Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat.



# Jurisprudencia

Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño de 22 de mayo 2013, número de autos 1254/2012 (EDJ 22013/183022)

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid de 20 de febrero 2013, número de autos 27/2013 (EDJ 2013/128220)

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife de 18 de enero 2013, número de autos 44/2013 (EDJ 2013/44674)

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Jaén de 7 de febrero 2012, núm. 28 (EDJ 2012/327928)

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 21 de mayo 2012, núm. 244 (EDJ 2012/241419)

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 11 de diciembre 2012, núm. 727/2012 (EDJ 2012/324247)

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid de 23 de abril 2013, número de autos 651/2012 (EDJ 2013/128221)

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 22 de febrero 2013, núm. 53 (EDJ 2013/43102)

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 10 de abril 2013, núm. 191 (EDJ 2013/81251)

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 5 de junio 2012, núm. 153 (EDJ 2012/337578)

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid de 14 de marzo 2013, número de autos 388/2012 (EDJ 2013/128219)

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón de 10 de julio 2012, núm. 186 (EDJ 2012/173343)

Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de León de 31 de mayo 2012, número 112/2012 (EDJ 2012/324230)

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de León de 21 de marzo 2012, núm. 29 (EDJ 2012/194431)

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 17 de diciembre 2012, número de autos 720/2012 (EDJ 2012/329550)

**Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona de 7 de agosto 2013, núm. 118/2013 (EDJ 2013/163905)**

**Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. I de 14 de mayo 2012, núm. 127 (EDJ 2012/127825)**

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sec. I de 23 de enero 2012, núm. 14 (EDJ 2012/4808)**

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 10 de julio 2012, núm. 188 (EDJ 2012/370742)**

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 5 de noviembre 2012, núm. 255 (EDJ 2012/370769)**

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sec. III de 26 de, noviembre 2013, núm. 269 (EDJ 2013/265456)**

**Sentencia de la Audiencia Pronvincial de Valencia, Sec. IX de 17 de junio 2013, núm. 179 (EDJ 2013/158534)**

**Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sec. I de 31 de julio 2013, núm. 255 (EDJ 2013/271120)**

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. XXVIII de 1 de marzo 2013, núm. 63 (EDJ 2013/49112)**

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. III de 8 de julio 2012, núm. 156 (EDJ 2012/370735)**

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sec. V de 25 de febrero 2013, núm. 122 (EDJ 2013/34884)**

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. IX de 18 de julio 2013, núm. 209 (EDJ 2013/196593)**

**Auto del Tribunal Supremo, Sala I de 7 de septiembre 2010, en recurso 1505/2009 (EDJ 2010/191641)**

**Auto del Tribunal Supremo, Sala I de 16 de marzo 2010, en recurso 473/2009 (EDJ 2010/22726)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de octubre 1993, núm. 1008 (EDJ 1993/9647)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 16 de marzo 2001, núm. 263 (EDJ 2001/2306)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 19 de junio 2007, núm. 751 (EDJ 2007/70123)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 25 de noviembre 2005, núm. 949 (EDJ 2005/207176)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 10 de septiembre 2001, núm. 814 (EDJ 2001/28483)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 31 de octubre 1994, núm. 976 (EDJ 1994/8721)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 5 de mayo 1997, núm. 390 (EDJ 1997/3483)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 22 de febrero 2006, núm. 159 (EDJ 2006/15994)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 20 de febrero 2001, núm. 177 (EDJ 2001/1304)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 21 de noviembre 2005, núm. 881 (EDJ 2005/197584)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 15 de septiembre 1997, núm. 768 (EDJ 1997/5767)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de noviembre 1997, núm. 1065 (EDJ 1997/9842)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de junio 1994, núm. 635 (EDJ 1994/5656)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 25 de enero 2000, núm. 28 (EDJ 2000/593)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 27 de marzo 2007, núm. 395 (EDJ 2007/19746)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 21 de noviembre 2005, núm. 928 (EDJ 2005/213912)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de marzo 2000, núm. 241 (EDJ 2000/2512)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de junio 2008, núm. 563 (EDJ 2008/173069)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 29 de julio 2005, núm. 613 (EDJ 2005/139906)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de noviembre 2000, núm. 1029 (EDJ 2000/41062)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 26 de febrero 1998, núm. 149 (EDJ 1998/1119)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de julio 2001, núm. 738 (EDJ 2001/15311)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 14 de marzo 1983 (EDJ 1983/1672)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de julio 2006, núm. 762 (EDJ 2006/102988)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 23 de noviembre 1993, núm. 1121 (EDJ 1993/10583)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 18 de marzo 2009, núm. 173 (EDJ 2009/25491)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de marzo 2000, núm. 331 (EDJ 200/3652)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 31 de marzo 1997, núm. 275 (EDJ 1997/2111)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de abril 2011, núm. 278 (EDJ 2011/60598)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 28 de junio 2002, núm. 645 (EDJ 2002/23903)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 19 de noviembre 2007, núm. 1236 (EDJ 2007/233303)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 2 de junio 1994, núm. 519 (EDJ 1994/5072)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 27 de octubre 2010, núm 662 (EDJ 2010/226119)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 16 de septiembre 2010, núm. 548 (EDJ 2010/226118)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 7 de septiembre 2012, núm. 510 (EDJ 2012/258900)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 7 de diciembre 2012, núm. 723 (EDJ 2013/283876)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 26 de octubre 2012, núm. 626 (EDJ 2012/248604)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I Pleno de 18 de abril 2013, núm. 245 (EDJ 2013/93694)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 10 de octubre 2007, núm. 1090 (EDJ 2007/184369)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 11 de noviembre 2013, núm. 669 (EDJ 2013/233977)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 12 de diciembre 2013, núm. 754 (EDJ 2013/267541)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 11 de diciembre 2012, núm. 736 (EDJ 2013/294513)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 6 de mayo 2008, núm. 278 (EDJ 2008/128038)**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de 29 de septiembre 2010, núm. 586 (EDJ 2010/201442)**

**Tribunale di Milano, Sez. II di 27 di marzo 2010 (DeJure)**

**Tribunale di Ravenna, Sez. Fallimentare di 10 di ottobre 2013 (DeJure)**

**Tribunale di Bergamo, Sez. II di 26 di gennaio 2012 (DeJure)**

**Tribunale di Milano, Sez. II di 25 di marzo 2010 (DeJure)**

**Tribunale di Bologna di 17 di novembre 2011 (ilcaso.it)**

**Tribunale di Milano, Sez. II di 11 di febbraio 2010 (DeJure)**

**Tribunale di Milano, Sez. II di 15 di ottobre 2009 (DeJure)**

**Tribunale di Roma, Sez. Fallimentare di 13 di marzo 2012 (DeJure)**

**Tribunale di Roma di 20 di maggio 2010 (DeJure)**

**Tribunale di Reggio Emilia di 14 di maggio 2007 (DeJure)**

Tribunale di Vicenza di 17 di maggio 2013 (DeJure)  
Tribunale di Milano, Sez. I di 23 di gennaio 2007 (DeJure)  
Tribunale di Modena di 12 di giugno 2013 (DeJure)  
Tribunale di Roma, Sez. Fallimentare di 21 di dicembre 2012 (DeJure)  
Tribunale di Arezzo di 3 di maggio 2013, num. 463 (DeJure)  
Tribunale di Teramo di 5 di febbraio 2013, num. 91 (DeJure)  
Tribunale di Arezzo di 3 di maggio 2013, num. 464 (DeJure)  
Tribunale di Bari, Sez. IV di 13 di settembre 2012, num. 2868 (DeJure)  
Tribunale di Roma, Sez. IX di 21 di giugno 2013, num. 13691 (DeJure)  
Tribunale di Roma, Sez. XI di 27 di maggio 2013, num. 11548 (DeJure)  
Tribunale di Roma, Sez. X di 24 di maggio 2013, num. 11489 (DeJure)  
Tribunale di Vicenza, Sez. I di 27 di marzo 2012 (DeJure)  
Tribunale di Reggio Emilia di 27 di agosto 2011, num. 1337 (DeJure)  
Tribunale di Roma, Sez. III di 5 di febbraio 2008, num. 2688 (DeJure)  
Tribunale di Arezzo, Sez. Fer. Di 27 di luglio 2012 (DeJure)  
Corte d'Appello di Bari, Sez. I di 30 di dicembre 2008, num. 1180 (DeJure)  
Corte d'Appello di L'Aquila di 5 di ottobre 2011, num. 995 (DeJure)  
Corte d'Appello di Roma di 15 di agosto 2012 (DeJure)  
Corte d'Appello di Firenze, Sez. I di 11 di marzo 2004 (DeJure)  
Corte d'Appello di Firenze, Sez. I di 28 di febbraio 2005, num. 425 (DeJure)  
Corte d'Appello di Roma, Sez. I di 12 di settembre 2011, num. 3643 (DeJure)  
Corte d'Appello di Bologna di 24 di gennaio 2007 (DeJure)  
Corte d'Appello di Firenze, Sez. I di 8 di marzo 2005, num. 506 (DeJure)  
Corte d'Appello di Firenze, Sez. I di 2 di ottobre 2006, num. 1600 (DeJure)  
Corte d'Appello di Bologna, Sez. I di 21 di gennaio 2003 (DeJure)  
Corte d'Appello di Napoli di 11 di luglio 2007 (DeJure)  
Corte d'Appello di Potenza di 19 di ottobre 2005 (DeJure)  
Corte d'Appello di L'Aquila di 10 di ottobre 2012, num. 1139 (DeJure)

Cassazione, sez. I di 26 di settembre 2009, num. 19989 (DeJure)  
Cassazione, Sez. di 11 di settembre 2007, 19087 (DeJure)  
Cassazione, Sez. VI di 22 di ottobre 2010, num. 37750 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 14 di febbraio 2011, num. 3581 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 2 di luglio 2007, num. 14978 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 28 di agosto 2001, num. 11289 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 17 di marzo 1995, num. 3083 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 13 di gennaio 2010, num. 391 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 4 di maggio 2009, num. 10209 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 10 di dicembre 1987, num. 9122 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 12 di settembre 1998, num. 9092 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 15 di marzo 1990, num. 2117 (DeJure)  
Cassazione, Sez. Unita di 28 di marzo 2006, num. 7028 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 13 di ottobre 2005, num. 19894 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 7 di febbraio 2001, num. 1719 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 21 di gennaio 2000, num. 656 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 11 di novembre 1998, num. 11369 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 4 di novembre 1998, num. 11060 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 25 di luglio 1995, num. 8083 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 11 di febbraio 1995, num. 1545 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 21 di giugno 2000, num. 8419 (DeJure)  
Cassazione, Sez. III di 30 di luglio 2004, num. 14625 (DeJure)  
Cassazione, Sez. III di 18 di febbraio 1991, num. 1691 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 30 di agosto 1994, num. 7583 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 14 di febbraio 2011, num. 3586 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 15 di settembre 2011, num. 18864 (DeJure)  
Cassazione, Sez. Unita di 23 di gennaio 2013, num. 1521 (DeJure)  
Cassazione, Sez. I di 3 di maggio 2007, num. 10208 (DeJure)

**Cassazione, Sez. I di 18 di febbraio 2009, num. 3905 (DeJure)**  
**Cassazione, Sez. II di 25 di gennaio 2006, num. 1413 (DeJure)**  
**Cassazione, Sez. III di 9 di aprile 2009, num. 8680 (DeJure)**  
**Cassazione, Sez. III di 15 di febbraio 2011, num. 3676 (DeJure)**  
**Cassazione, Sez. II di 10 di febbraio 1997, num. 1227 (DeJure)**  
**Cassazione, Sez. II do 14 di giugno 2007, num. 11561 (DeJure)**  
**Cassazione, Sez. III di 25 di luglio 2003, num. 11561 (DeJure)**  
**Cassazione, Sez. I di 29 di maggio 2003, num. 8600 (DeJure).**