

Actualidad Jurídica Uría Menéndez

Introducción

Carlos de Cárdenas Smith

Artículos

Marta López Narváez

*Eduardo Geli Fernández-Peñaflor,
Blanca Arlabán Gabeiras*

Manuel García-Villarrubia Bernabé

Eloi Coldeforns Papiol

*Sebastián Sáenz de Santa María
y Luis Jiménez López*

Ángel Alonso Hernández

Javier Yáñez Evangelista

Javier Rubio Sanz

José María Blanco Saralegui

*Raimon Tagliavini Sansa
y David García Martín*

Francisco José Caamaño Rodríguez

Fernando Azofra Vegas

*Jorge Azagra Malo, Fernando Gómez Pomar
y Adrián Segura Moreiras*

Antonio José Moya Fernández

*Pablo de la Morena Corrales
y Borja de la Macorra Pérez*

Monográfico sobre la reforma concursal

COMITÉ EDITORIAL

Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*
Antonio Manuel Morales Moreno, *Catedrático Emérito de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*
Fernando Rodríguez Artigas, *Catedrático de Derecho Mercantil*
Fernando Pantaleón Prieto, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*
Vicente Cuñat Edo, *Catedrático de Derecho Mercantil*
Fernando Gómez Pomar, *Catedrático de Derecho Civil de la Universitat Pompeu Fabra*
José Massaguer Fuentes, *Catedrático de Derecho Mercantil*
Montiano Monteagudo Monedero, *Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universitat Pompeu Fabra*
Cándido Paz-Ares, *Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid*
Alexandre Mota Pinto, *Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*
Emilio Díaz Ruiz, *Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid*

DIRECTOR

Mariano Magide Herrero

COORDINADORES DE SECCIÓN

Carlos López-Quiroga Teijeiro, Pedro Ferreira Malaquias, Leticia López-Lapuente, Jesús López Tello, Mario Barros, Manuel Vélez Fraga, Carlos Paredes Galego, Jesús Remón Peñalver, Yásser-Harbi Mustafá Tomás, Alex Ferreres Comella, Alfonso Gutiérrez Hernández, Ismael Clemente Casas, Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero

REDACTORES

Alejandro Anca Alamillo y José Antonio González Salgado

OBRA EN CUBIERTA:

Sin título. Autor: Ismael Iglesias

Indexada en las bases de datos de Latindex

Copyright © URÍA MENÉNDEZ ABOGADOS, S. L. P.
ISSN 1578-956X versión impresa
ISSN 2174-0828 versión electrónica
Depósito Legal: M-3281-2002
Periodicidad: cuatrimestral

Para contactar con la redacción de la Revista dirigirse a:
ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA MENÉNDEZ
Príncipe de Vergara, 187 - 28002 Madrid
Tel. 91 586 04 60. Fax 91 586 04 61
e-mail: alejandro.anca@uria.com
www.uria.com

Edición, diseño, producción y distribución: CeGe Global

CeGe Global
Ciutat d'Asunción, 42 - 08030, Barcelona
Tel. +34 93 274 59 00
e-mail: info@cegeglobal.com
www.cegeglobal.com

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores.

CeGe Global, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Actualidad Jurídica, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o partes de las páginas de Actualidad Jurídica, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

59

Actualidad
Jurídica
Uría
Menéndez

Año 2022



URÍA
MENÉNDEZ

La revista ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA MENÉNDEZ es una publicación cuatrimestral del Despacho de abogados Uría Menéndez, cuyo primer número se publicó en el mes de enero de 2001. Recoge y difunde trabajos de abogados del Despacho que desarrollan su actividad en las distintas áreas de práctica de la firma.

La revista ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA MENÉNDEZ es fruto de la profunda tradición académica del Despacho, y nació con el objetivo de ofrecer información y análisis sobre la actualidad legislativa y jurisprudencial a sus clientes, a los profesionales del Derecho y a la comunidad académica.

La revista ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA MENÉNDEZ invita a colaborar en cada número a una firma de reconocido prestigio ajena al Despacho en su Tribuna Abierta, para abrir en ella un espacio a la reflexión sobre temas de actualidad de interés jurídico, económico o social.

Sumario

5 Introducción

Carlos de Cárdenas Smith

11 Artículos

13 La comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores

Marta López Narváez

30 Los planes de reestructuración

Eduardo Geli Fernández-Peñaflor, Blanca Arlabán Gabeiras

71 Socios y reestructuración

Manuel García-Villarrubia Bernabé

101 La financiación (interina o nueva) en el contexto de una reestructuración: un único y delicado puente hacia un doble incentivo

Eloi Colldeforns Papiol

120 Planes de reestructuración y avales ICO

Sebastián Sáenz de Santa María y Luis Jiménez López

137 La compraventa de negocios en crisis según la reforma: planes de reestructuración liquidativos vs. *prepack*

Ángel Alonso Hernández

159 El sistema de reintegración concursal en la reforma de la Ley Concursal

Javier Yáñez Evangelista

170 El nuevo convenio tras la reforma concursal. ¿Una alternativa para la reestructuración?

Javier Rubio Sanz

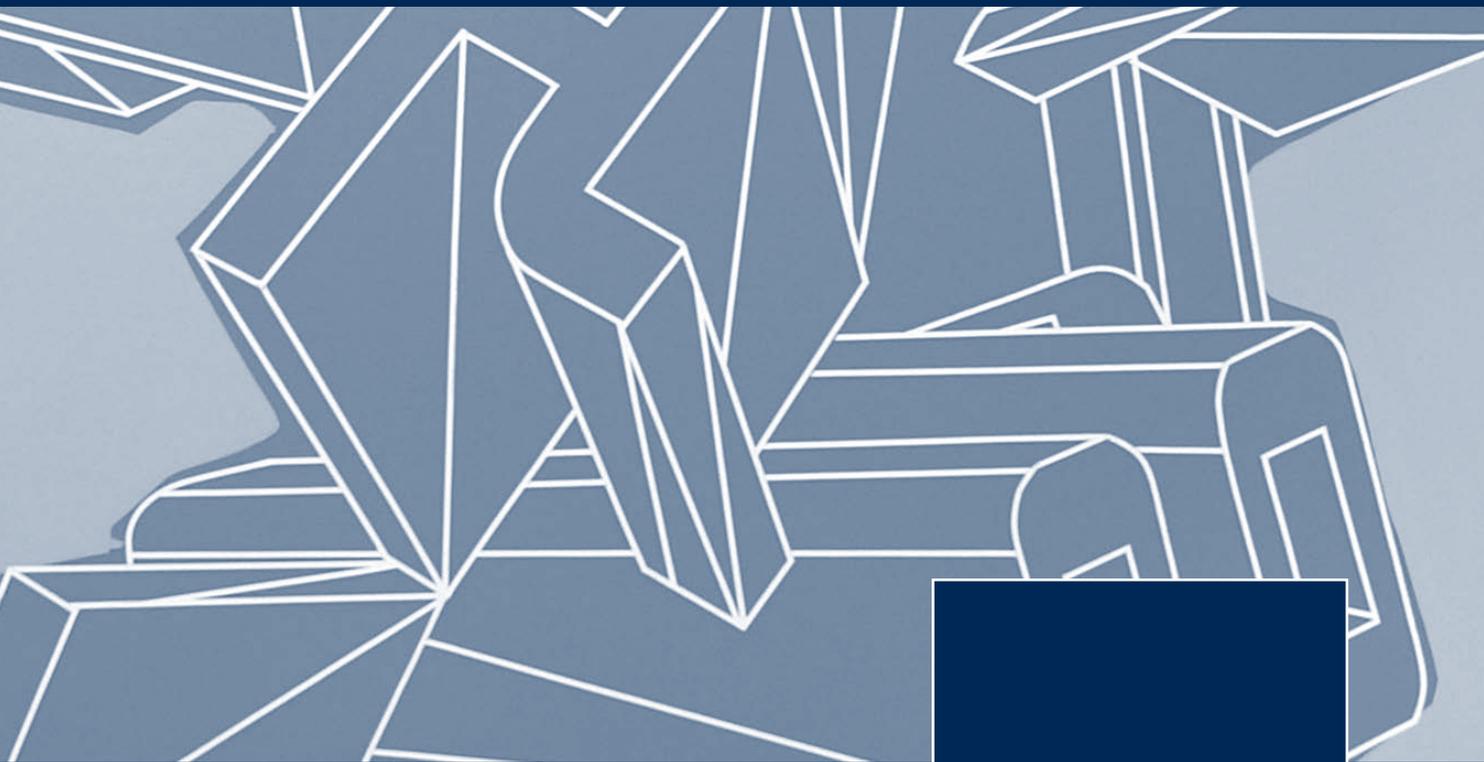
191 Otras novedades en materia de liquidación

José María Blanco Saralegui

203 Novedades en materia de calificación concursal

Raimon Tagliavini Sansa y David García Martín

- 213 El nuevo procedimiento especial para microempresas
Francisco José Caamaño Rodríguez
-
- 229 La segunda "segunda oportunidad"
Fernando Azofra Vegas
-
- 246 La reforma concursal de 2022, la moratoria concursal y los incentivos a instar el concurso
Jorge Azagra Malo, Fernando Gómez Pomar y Adrián Segura Moreiras
-
- 275 Novedades concursales relacionadas con los acreedores reales y la ejecución de sus garantías
Antonio José Moya Fernández
-
- 297 Implicaciones laborales de la ley 16/2022, de 5 de septiembre: avances e inconsistencias que anuncian nuevas reformas
Pablo de la Morena Corrales y Borja de la Macorra Pérez
-
- 313 Directrices para las colaboraciones



Introducción

Introducción

Carlos de Cárdenas Smith

Abogado del Área de Derecho de Mercantil. Coordinador de este número monográfico.

El número extraordinario que tiene en sus manos está íntegramente dedicado a realizar un análisis de urgencia de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal. Esta norma incorpora a nuestro derecho la conocida como Directiva de Reestructuraciones e Insolvencia, aunque ciertamente va más allá.

La reforma llega en un momento oportuno. Se ciernen nubarrones sobre la economía mundial y muy señaladamente sobre la europea, especialmente impactada por la crisis energética que ha desencadenado la guerra en Ucrania. La inflación y las sucesivas subidas de los tipos de interés aprobadas por los bancos centrales no solo han provocado una caída de los mercados, sino también un enfriamiento de la economía y provocarán una recesión en opinión de muchas voces autorizadas. En España la larga moratoria concursal finalizó en junio de 2022 y ya estamos asistiendo a un incremento de los concursos de acreedores. Además del “test de caja o liquidez”, las sociedades mercantiles deberán volver a superar el “test de balance”, pues la causa de disolución por pérdidas que ha estado en suspenso volverá a activarse en enero de 2023. El crédito ya se está encareciendo y no siempre está disponible, y los créditos con aval del ICO irán venciendo inexorablemente.

Pero la crisis que nos espera será probablemente distinta de la vivida con ocasión de la Gran Recesión que se precipitó con la caída de Lehman Brothers en septiembre de 2008. En España y en el resto del mundo, el papel de los bancos será distinto. Por un lado, no parece que los bancos vayan a ser parte del problema; entran en esta crisis mejor preparados. Pero, por otro lado, tampoco cabe esperar que sean la solución a los problemas de las empresas sobreendeudadas. En la anterior crisis los bancos jugaron un papel protagonista, dando dinero nuevo, aceptando activos en pago —muchos de ellos inmobiliarios— y extendiendo las financiaciones para permitir la recuperación de sus clientes. Creemos que ahora, en muchas ocasiones, el papel protagonista —al menos en empresas de cierto tamaño— lo tendrán los fondos de deuda. Estos nuevos *players* tienen estrategias flexibles, son rápidos, tienen mucha liquidez disponible y cuentan con la ventaja de que no están regulados. Algunos prestarán sustituyendo a los bancos y otros comprarán la deuda con la indisimulada intención de adquirir control de un deudor sobreendeudado (*debt to own*). Pero lejos de ser un problema, los fondos de deuda son parte de la solución, pues pueden proporcionar algo que los bancos no pueden facilitar, o que solo pueden conceder a un coste muy elevado: capital. Son, en esencia,

aliados de los bancos, compradores (al descuento normalmente) de sus activos. Y con ello consiguen, a la postre, reducir el apalancamiento de aquellas empresas que debidamente capitalizadas sean viables.

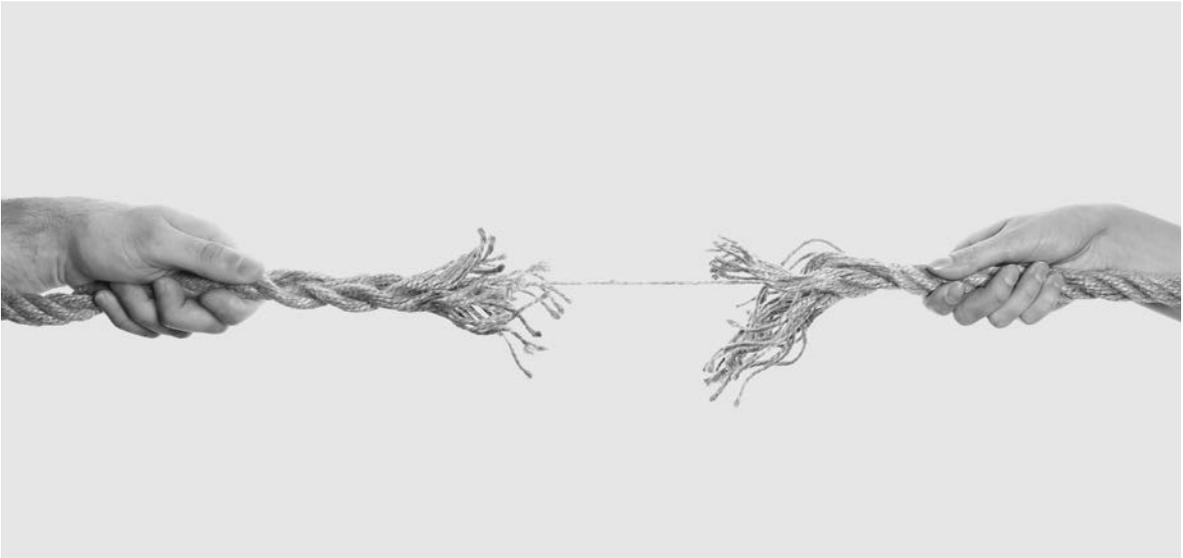
La buena noticia es que entraremos en la crisis con herramientas eficaces para reestructurar. En efecto, la Ley 16/2022 refuerza significativamente las instituciones preconcursales que comenzaron tímidamente su andadura en 2009. Prueba de su relevancia es que en esta nueva reforma de la Ley Concursal se les dedica el segundo de sus cuatro libros. Para empezar, ahora las instituciones preconcursales podrán activarse desde que el deudor se encuentre en una situación de mera probabilidad de insolvencia, sin tener que esperar a la insolvencia inminente. El vulgarmente conocido como 5 bis o "precurso" se refuerza, facilitando un marco más estable para negociar un plan de reestructuración, no solo libre de la amenaza de ejecuciones, sino impidiendo el vencimiento de los créditos aplazados por causa del inicio de las negociaciones con los acreedores o por incumplimientos anteriores a la presentación del precurso.

No obstante, la estrella de la reforma son los planes de reestructuración, que tienen un objeto y unos efectos potencialmente mucho más amplios que los anteriores acuerdos de refinanciación. Los planes pueden incluso imponerse a los socios, ya que no siempre necesitan su consentimiento; por eso, como recuerda la exposición de motivos de la Ley, no se denominan "acuerdos", sino "planes" de reestructuración y podrán tener por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios. Incluso podrán tener un contenido liquidatorio, pues se contemplan las transmisiones de activos, unidades productivas o la totalidad de la empresa en funcionamiento.

La regulación de los planes presenta muchas novedades frente a los antiguos acuerdos de refinanciación. Baste aquí mencionar que podrán afectar no solo a los acreedores financieros, sino también a los acreedores comerciales, que permitirán el arrastre tanto de los acreedores de una misma clase como de los de otras clases, que posibilitarán la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, convirtiéndose el crédito indemnizatorio derivado de la indemnización en un crédito más afectado por el plan (por ejemplo, con sus correspondientes quitas y esperas).

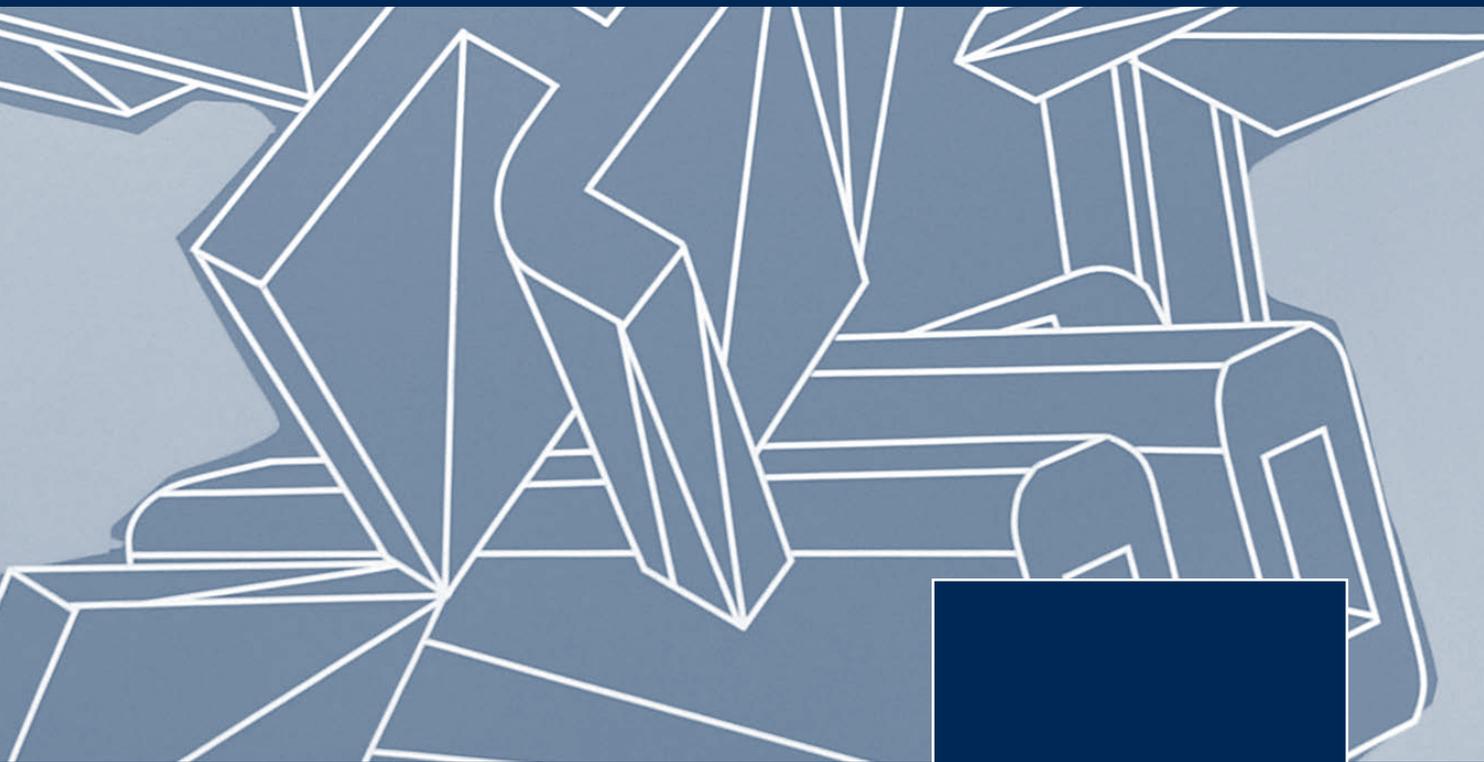
Con este arsenal debería ser posible reestructurar una compañía sobreendeudada. Eso no quiere decir que siempre vaya a ser fácil. Por un lado, cabe anticipar que la formación de clases y la valoración de la empresa serán los caballos de batalla entre deudor y acreedores y entre estos últimos, pues ambas cuestiones permitirán a los acreedores relevantes controlar el proceso y a la postre la empresa. Por otro lado, será fundamental ver la interpretación y aplicación práctica que realicen los jueces de lo Mercantil de la nueva normativa. En este punto hay razones para ser optimistas: los jueces han aplicado el régimen anterior con criterio y sentido de la responsabilidad. Además, los autos de homologación ahora deberán ser impugnados ante la correspondiente Audiencia Provincial, lo que a la larga debería garantizar cierta uniformidad interpretativa. En el lado negativo de la balanza se encuentran la cicatera regulación del crédito público y la falta de flexibilidad de las financiaciones con aval del ICO. Ambas cuestiones van a dificultar las refinanciaciones que están por llegar.

La Ley 16/2022, en fin, incluye novedades en materia de convenio, liquidación y calificación (que ahora siempre existirá, pero que será materia transaccionable), contiene un



novedoso régimen especial para microempresas (aplicable a más del 90 % del tejido empresarial español) y un remozado régimen de exoneración del pasivo insatisfecho (cuya utilidad práctica está por ver).

Confiamos en que este número contribuya en alguna medida al debate doctrinal y a convertir las reflexiones de sus autores en diálogo con los lectores de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*.



Artículos

Artículos

LA COMUNICACIÓN DE LA APERTURA DE LAS NEGOCIACIONES CON LOS ACREEDORES

Marta López Narváez

Abogada del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

La comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores

La reforma de la Ley Concursal es consecuencia de la transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, cuyo objetivo es establecer marcos de reestructuración preventiva que sean efectivos y que permitan a compañías con dificultades financieras pero viables su reestructuración en un momento temprano, de forma que eviten la insolvencia y puedan continuar con su actividad. Para ello, el legislador español ha extendido el alcance y los efectos de la comunicación de la apertura de las negociaciones con acreedores, incluyendo novedades relevantes en materia de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de ejecución y en la posibilidad de prorrogar el plazo de efectos. Asimismo, se ha aprovechado la reforma para tratar de aclarar algunas dudas que había respecto de la ley concursal anterior.

PALABRAS CLAVE:

PRECONCURSO, PLAN DE REESTRUCTURACIÓN, SUSPENSIÓN DE EJECUCIONES, STAY, CLÁUSULAS IPSO FACTO.

Effects of communicating the start of negotiations with creditors

The Insolvency Law Reform transposes the Directive on restructuring and insolvency to implement effective preventive restructuring procedures so that viable companies in financial distress can restructure at an early stage, avoid insolvency and continue doing business. To that end, the lawmaker has extended the scope and effects of communicating the start of negotiations with creditors, including significant changes in respect of executory contracts and the possibility of extending the stay period. The lawmaker has likewise tried to clarify some ambiguities in the former insolvency law.

KEYWORDS:

PRE-INSOLVENCY, PRE-INSOLVENCY RESTRUCTURING PLAN, ENFORCEMENT SUSPENSION, STAY, IPSO FACTO CLAUSES.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-10-2022

López Narváez, Marta (2022). La comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 13-29 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción: antecedentes y fundamento

La recientemente aprobada reforma de la Ley Concursal¹ es fruto de la transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia de 2019². Es la última modificación de una ley que ha sido objeto de muchas y sustanciales reformas en apenas veinte años de historia. Como reconoce la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal —reforma precedente a la presente cuyo objetivo era refundir, sistematizar y aclarar la ley—, *"es difícil encontrar una ley que, en tan pocos años, haya experimentado tantas y tan profundas modificaciones"*.

Uno de los objetivos de la Directiva es que los Estados miembros cuenten con marcos efectivos de reestructuración preventiva que permitan a las empresas viables con dificultades financieras continuar con su actividad o, en otras palabras, ofrecer a las empresas en riesgo de concurso acceso a soluciones preconcursales para así evitar o superar su insolvencia.

Lo que comenzó en España con una legislación inexistente o muy tímida sobre el derecho preconcursal, se ha convertido con los años y a la fuerza en la asignatura pendiente de nuestro legislador. Pese a que en 2003, cuando entró en vigor la antigua ley, no se consideró necesario incluir normas aplicables al deudor antes de su declaración de concurso (lo que denominamos fase preconcursal), pues se confiaba en la propuesta anticipada de convenio como solución para superar la insolvencia, dichas normas se fueron introduciendo paulatinamente en las reformas de 2011, 2014 y 2015.

La evidente destrucción de valor empresarial durante el procedimiento concursal, la extensa duración de este, consumiendo de manera ineficiente recursos públicos y privados, el fracaso general del convenio y el hecho de que la práctica totalidad de empresas declaradas en concurso no sobrevivan a él y acaben en liquidación, así como la huida de algunas empresas españolas a otras jurisdicciones para adoptar soluciones de reestructuración que no existían en nuestro sistema, ha puesto de manifiesto a lo largo de los años la conveniencia de que las empresas logren acuerdos con sus acreedores antes (y preferiblemente mucho antes) de que se tenga que iniciar el procedimiento concursal.

También, con la experiencia, se ha demostrado que existen verdaderos riesgos en la frontera de la insolvencia que pueden perjudicar o frustrar un acuerdo de reestructuración y que, por tanto,

1 Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

2 Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

deben ser neutralizados. Algunos de estos riesgos son la presentación de la solicitud del concurso por parte de un acreedor no interviniente o disidente, la ejecución de los activos del deudor, la resolución anticipada de sus contratos o el transcurso del plazo para la obligación de solicitar el concurso. Así, resulta imprescindible que el legislador imponga un clima de cierto *statu quo* o estabilidad que facilite la negociación impidiendo las anteriores amenazas.

Frente a la libertad que la Directiva ofrece a los Estados miembros sobre qué instituciones o procedimientos concursales instaurar en cada sistema nacional, el legislador español ha optado por dar continuidad al sistema actual, en el que la intervención judicial se reduce a dos momentos distintos en la negociación de un plan de reestructuración: la comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores y la homologación de los planes de reestructuración (refundiendo en dichos planes los antiguos acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago); pero profundizando—incluso revolucionando en el caso de los planes— su contenido y alcance. En este capítulo, nos vamos a ocupar de la comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores.

La finalidad de la comunicación de la apertura de negociaciones consiste en facilitar y proteger, durante un periodo determinado de tiempo, la negociación entre el deudor y sus acreedores de un plan de reestructuración que evite la insolvencia. Para ello, se alivia al deudor y a sus administradores de la presión de su obligación legal de solicitar concurso, suspendiendo dicha obligación, y se impiden las solicitudes de concurso presentadas por terceros. Y, por otro lado, se suspende y prohíbe la ejecución de ciertos activos del deudor y se impide la terminación anticipada o modificación de determinados contratos para, así, mantener el valor de la empresa y garantizar que el deudor pueda continuar con su actividad una vez que haya superado sus dificultades; todo ello, con una intervención judicial reducida y durante un plazo acotado de tiempo.

Teniendo en cuenta que la Directiva³ ha puesto el acento en que los marcos de reestructuración preventiva sean “efectivos” y que permitan la reestructuración en “un momento temprano”, la nueva Ley Concursal ha ampliado el alcance y los efectos de esta figura que vamos a ir desgranando en las líneas que siguen.

2. La comunicación y su contenido

2.1. ¿Quién puede presentar la comunicación?

La iniciativa sobre quién puede presentar la comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores sigue correspondiendo al deudor. Pese a que la nueva Ley Concursal otorga nuevas facultades a los acreedores (por ejemplo, los acreedores que representan más de un 50 % del pasivo que pueda quedar afectado por la reestructuración pueden solicitar la prórroga de los efectos de la comunicación, la homologación judicial de un plan de reestructuración e incluso

³ El objetivo de la Directiva es alcanzar un mayor grado de armonización en materia de reestructuración e insolvencia, y el establecimiento de unas normas sustantivas mínimas. Para ello, incluye normas que necesariamente deben incorporarse a los sistemas nacionales y otras que son opcionales.

solicitar la suspensión de la solicitud de concurso presentada por el deudor), la comunicación de la apertura de negociaciones corresponde exclusivamente al deudor. Quizás porque permanece de manera inconsciente la idea de que, con la comunicación de la apertura de las negociaciones, se pone en marcha la cuenta atrás para solicitar el concurso, lo cierto es que se ha considerado conveniente que siga siendo el deudor quien tenga la potestad exclusiva para decidir si y cuándo presentar la comunicación.

Se permite expresamente que un grupo de sociedades pueda presentar una comunicación conjunta, aunque —como veremos más adelante— en ese caso el contenido de la comunicación se amplía significativamente. En cualquier caso, la comunicación conjunta ya no será necesaria con la nueva Ley, cuando lo que se pretenda sea prohibir o suspender la ejecución de garantías personales o reales prestadas por otra sociedad del grupo, siempre que así lo solicite expresamente el deudor en su comunicación y acredite que la ejecución puede causar la insolvencia del garante y de la deudora. Esta es una novedad relevante, ya que anteriormente, para grupos de sociedades que tenían financiación con garantías cruzadas (muy habitual en financiaciones de grupos), era necesario que cada uno de los garantes o prestador de garantía presentara su propia comunicación.

2.2. ¿Cuándo se puede presentar?

La Directiva hace hincapié en que la reestructuración se produzca en un momento temprano respecto del momento en que comienzan las dificultades financieras. Como la experiencia ha puesto de manifiesto, cuanto antes se inicien las negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración, más tiempo tengan el deudor y sus acreedores para encontrar una solución de reestructuración adecuada y menos estresada se encuentre la situación financiera de la compañía, más probabilidad de éxito tendrá el plan de reestructuración. Asimismo, los nuevos planes de reestructuración pueden tener un contenido muy variado: además de las tradicionales esperas o quitas, el plan puede incluir una reorganización societaria, venta de activos, cambio de ley aplicable, etc. Lógicamente, cuanto más complejo sea el plan, más tiempo llevará su diseño y negociación. Por este motivo, la nueva Ley Concursal establece que se puede presentar esta comunicación (así como solicitar la homologación judicial de un plan de reestructuración) no solo cuando la insolvencia sea actual o inminente, sino también cuando esta sea probable.

Pese a que la versión española de la Directiva tradujo —probablemente de manera errónea— *likelihood of insolvency* como insolvencia inminente, la reforma de la Ley Concursal ha incluido, como novedad, el concepto de probabilidad de insolvencia como un estado diferenciado al de la insolvencia inminente.

Insolvencia actual, inminente y probabilidad de insolvencia se definen en la Ley Concursal de manera objetiva por referencia al tiempo. Insolvencia actual es aquella situación en la que se encuentra un deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles en ese momento. Se encuentra en insolvencia inminente, el deudor que prevé que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir puntualmente sus obligaciones exigibles. Los anteriores conceptos no se han modificado en la reforma. Por último, un deudor se encuentra en situación de insolvencia

probable cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones que venzan en los próximos dos años.

Resulta muy significativo el elevado plazo de anticipación que otorga la ley para poner en marcha la maquinaria preconcursal, cuando incluso desde el punto de vista económico es difícil, si no imposible, prever la evolución de una empresa en un plazo de dos años.

Nótese que quizás por ello, y para evitar el abuso que un deudor perfectamente solvente podría hacer de las herramientas concursales, el legislador exige para la probabilidad de insolvencia que esta sea "objetivamente previsible" y, en ese escenario, no es posible solicitar una homologación sin el consentimiento de los socios. La amplitud del plazo pretende animar al deudor y a sus acreedores a alcanzar acuerdos que eviten la insolvencia de manera temprana, mucho antes de que empiecen a materializarse y sufrirse las consecuencias de los problemas financieros.

No obstante, dudamos de que, en la práctica, se vaya a acudir a la figura de la comunicación en una situación de probabilidad de insolvencia, precisamente porque sus principales efectos legales tienen relevancia cuando las verdaderas dificultades financieras han comenzado y la presentación de dicha comunicación puede dar la negativa impresión al mercado, proveedores y acreedores de unas dificultades financieras, cuando estas aún no han llegado.

En cualquier caso, la existencia o ausencia de insolvencia actual, inminente o probable únicamente la podrán cuestionar los acreedores en sede de homologación de un plan de reestructuración, ya que dicha circunstancia no se ha incluido como posible motivo de impugnación de la resolución de la comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores, los cuales están muy limitados.

Pese a que la Directiva permitía a la legislación nacional no extender la posibilidad de utilizar los mecanismos concursales al deudor que sea incapaz de hacer frente al pago de sus deudas a su vencimiento, el legislador nacional ha optado por la opción más flexible, incluyendo la insolvencia actual como uno de los presupuestos posibles para presentar la comunicación, eso sí, siempre que no se haya admitido a trámite la solicitud de declaración de concurso por parte de un tercero. Este límite es otra de las novedades de la reforma, ya que anteriormente el límite era, o bien la propia declaración de concurso, o bien el transcurso del vencimiento del plazo para solicitar la declaración de concurso. En nuestra opinión, esta previsión es acertada, ya que permite al deudor acudir a esta figura aún en el supuesto de que hubiera transcurrido el plazo para solicitar la declaración de concurso.

Por otro lado, debe señalarse que con la nueva Ley Concursal se puede presentar esta comunicación no solo cuando ya se hayan iniciado las negociaciones con los acreedores, sino también cuando el deudor tenga intención de iniciarlas. Esta modificación de nuevo obedece a la pretensión de flexibilizar el sistema y promover que el deudor acuda a esta figura antes que con el régimen anterior.

Quizá una de las cuestiones más relevantes en la práctica es elegir bien el momento en el que se presenta la comunicación. Por un lado, la comunicación suspende o neutraliza amenazas frente al deudor, lo que es indudablemente beneficioso para él. Pero, por otro lado, inicia una cuenta

atrás para que el deudor solicite la declaración de concurso, que en muchas ocasiones pone una considerable presión en los tiempos de la negociación y, salvo que se mantenga como reservada, supone reconocer ante terceros una situación de dificultades financieras graves que puede perjudicarle en el mercado.

2.3. ¿Qué contenido debe tener?

Tradicionalmente, el contenido del escrito para comunicar la apertura de negociaciones con los acreedores era muy sencillo, ya que la antigua ley únicamente exigía incluir detalle sobre las ejecuciones iniciadas, cuáles de ellas recaían sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad y, en su caso, la solicitud del carácter reservado de la comunicación (a las que había que añadir lógicamente las cuestiones que debe incluir cualquier escrito procesal, como competencia y legitimación).

La nueva Ley Concursal ha aprovechado para detallar y extender el contenido que debe tener la referida comunicación. Entre las novedades, cabe destacar, en primer lugar, las razones que justifican la comunicación, así como indicar el estado de insolvencia en que se encuentra el solicitante (no obstante, continúa sin ser necesario acreditar dicho estado). En segundo lugar, el deudor debe aportar cierta información sobre su actividad, importes de activo y pasivo, cifra de negocios, número de trabajadores y, en relación con sus acreedores, el listado con los que se haya iniciado o tenga intención de iniciar negociaciones, el importe de sus créditos, el importe total y, en su caso, su condición de especialmente relacionados. Asimismo, el solicitante deberá detallar qué bienes, derechos o contratos son necesarios para la continuidad de su actividad y, en el caso de que se pretenda que el plan de reestructuración afecte al crédito público, la acreditación de encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social. Por último, si el deudor quiere acogerse al régimen especial del título V, se debe especificar que el deudor reúne las circunstancias para acogerse a dicho régimen.

En caso de que la comunicación sea conjunta, se exige que la información anterior se incluya de manera desglosada para cada una de las personas que efectúe la comunicación, así como las relaciones entre ellas (por ejemplo, contratos intragrupo), los créditos y deudas recíprocos y las garantías que se hubieran otorgado.

Merece la pena detenerse aquí sobre el concepto de "*necesario para la continuidad de la actividad*", en relación con los bienes, derechos y contratos del deudor, ya que los efectos de la comunicación serán muy diferentes según se considere que reúnen dicha condición o no. Asimismo, es una de las pocas cuestiones sobre las que el acreedor puede opinar a través de la interposición de un recurso de revisión a la comunicación, como veremos más adelante.

Este concepto no es novedoso en la Ley Concursal, ya que sirve también como criterio delimitador para la suspensión y prohibición de inicio de ejecuciones en el seno del procedimiento concursal por parte de los acreedores con garantía real⁴. No obstante, en ese caso, es el juez del concurso el que decide sobre si los bienes o derechos son necesarios, mientras que, en la comunicación de

4 Artículos 145 y siguientes de la Ley Concursal.

inicio de negociaciones, es el deudor quien lo determina inicialmente y solo si esta condición es discutida por el acreedor, será el juez el que tenga la última palabra.

La Ley Concursal no define qué debe entenderse por bien o derecho necesario⁵, por lo que se ha considerado tradicionalmente este concepto como jurídicamente indeterminado y que debe analizarse caso por caso⁶. Si atendemos a los pronunciamientos judiciales, se ha definido en términos generales *bien necesario* como *"aquel que resulte imprescindible para la continuidad, sin el cual, el deudor se vería obligado a cesar en su actividad, en contraposición a aquel bien o derecho superfluo o prescindible"*⁷ y como aquellos bienes que *"de modo efectivo, actual y real se encuentren unidos al proceso productivo del deudor y resulten imprescindibles para la ordinaria continuidad de aquella actividad"*⁸. Asimismo, resulta útil la definición para *contratos necesarios* incluida en la Directiva como *"aquellos contratos (...) necesarios para proseguir la gestión diaria de la empresa, incluidos los contratos de suministro, cuya interrupción conduciría a una paralización de las actividades del deudor"* y los ejemplos referidos en su considerando 41 como contratos de arrendamiento y de licencia, los contratos de suministro a largo plazo y los acuerdos de franquicia. Los pronunciamientos judiciales coinciden en que el carácter necesario de un bien no debe valorarse en abstracto, sino que depende del caso concreto y que no solo hay que observar la naturaleza o el papel que juega el bien en la actividad del deudor, sino también las circunstancias que rodean al caso. Por ejemplo, los tribunales han considerado que el dinero o los derechos de crédito que, por su naturaleza, no parecerían en principio bienes necesarios, podrían considerarse que reúnen dicha cualidad si de ellos depende la supervivencia de la empresa⁹. En particular, en dicho auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, se consideraron necesarias las rentas arrendaticias al conformar *"la única fuente regular de ingresos"*. *A sensu contrario*, se ha calificado un bien como no necesario cuando el deudor hubiera abandonado la actividad asociada a dicho bien o cuando la viabilidad de la actividad económica no era probable. Por ejemplo, se consideraron no necesarias dos fincas del deudor pese a ser su único activo, ya que la única actividad del deudor en ese momento era la mera tenencia inmobiliaria y no la obtención de ingresos para poder continuar la actividad de promotora inmobiliaria¹⁰.

En conclusión, si un acreedor quiere discutir el carácter necesario de un bien, tendrá que argumentar que, o bien no es imprescindible en el proceso productivo del deudor, o bien dicha actividad se ha abandonado o no resulta viable.

5 Únicamente el artículo 147 de la Ley Concursal regula un supuesto concreto como bien no necesario: las acciones de una sociedad cuyo objeto real exclusivo fuera la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación.

6 Históricamente, y dada la antigua redacción de la ley que se refería a bienes afectos y a bienes necesarios indistintamente, se desarrollaron dos teorías contrapuestas: la llamada tesis contable consideraba que solo los bienes del inmovilizado eran bienes afectos, por cuanto son bienes destinados de forma permanente a la actividad del deudor, y la tesis económica o funcional consideraba que estaba afecto el bien destinado a la actividad del deudor, y del que este se sirve en el ejercicio de su actividad. Posteriormente, la ley se reformó para dejar únicamente la referencia a bienes necesarios, primando por tanto la teoría económica o funcional sobre la contable.

7 Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de noviembre de 2015 - ROJ: AAP B 1577/2015.

8 Auto de Juzgado de Mercantil de Madrid, n.º 6, de 15 de diciembre de 2020 - ROJ: AJM M 404/2020.

9 Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de noviembre de 2015 - ROJ: AAP B 1577/2015.

10 Sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona de 19 de junio de 2014 - ROJ: SAP B 5942/2014.

2.4. Publicidad de la comunicación

La resolución que tenga por efectuada la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores se publica en el Registro Público Concursal, salvo que el deudor hubiera solicitado que se mantuviera reservada. Dicha opción es enteramente discrecional para el deudor, sin que sea necesario justificar el motivo. Una u otra opción dependerá de si al deudor le preocupa más prevenir posibles actuaciones de terceros en relación con sus créditos o contratos durante el proceso de negociación, en cuyo caso querrá que la comunicación sea pública, o difundir su estado financiero crítico, pudiéndole perjudicar su nivel de confianza en el mercado, en cuyo caso preferirá mantenerla reservada.

Los efectos de una comunicación reservada son los mismos que los de una comunicación pública, salvo en el caso de los deudores interesados en extender los efectos al resto de la Unión Europea, ya que, para que resulte de aplicación el Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo de 2015, este requiere que el procedimiento de negociación para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos sea público.

3. Algunas cuestiones procesales

La reforma de la Ley Concursal ha aprovechado la ocasión para introducir varias reglas sobre el procedimiento de la comunicación en relación con su resolución, el contenido de dicha resolución y las posibles motivos de impugnación a través de la presentación de un recurso de revisión o, en caso de falta de competencia internacional o territorial, mediante la formulación de una declinatoria. La introducción de estas normas pretende aclarar dudas o cuestiones suscitadas frente a la antigua ley. En cualquier caso, la presentación de la comunicación no es un procedimiento en sí mismo, sino que debe seguir considerándose un trámite suficientemente automático que cumpla con los objetivos de rapidez procesal y de intervención mínima judicial impuestos por la Directiva. En efecto, el legislador comunitario ha impuesto la obligación de contar con procedimientos flexibles, eficientes en coste y tiempo, limitando la participación de las autoridades judiciales o administrativas a aquellas situaciones en las que sea necesario y proporcionado, teniendo en cuenta el objetivo de proteger los intereses de las partes afectadas, pero también el de reducir los retrasos y costes en el procedimiento¹¹.

En el caso de España, continúa siendo el letrado de la Administración de Justicia quien dictará la resolución sobre la comunicación, siendo el juez del concurso quien resolverá sobre la falta de competencia internacional y territorial, así como sobre el recurso de revisión. Se mantiene la agilidad de los plazos tanto en la resolución (dos días), subsanación (dos días) e impugnación (cinco días). El control para tener la comunicación como efectuada se limita a dos aspectos: competencia judicial y contenido formal; y los motivos de impugnación se restringen a tres: (1) que el deudor hubiera presentado una comunicación dentro del año anterior, (2) que los bienes o derechos sujetos a ejecuciones no sean necesarios para la continuidad de la actividad, o (3) que los efectos de la comunicación no deben extenderse a determinadas garantías otorgadas por terceros.

¹¹ Considerando 29 de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia.

4. Efectos de la comunicación

4.1. Mantenimiento de las facultades del deudor

La Directiva establece que, precisamente para alentar a que el deudor lleve a cabo una reestructuración preventiva en un momento lo más temprano posible, *“el deudor debe conservar el control sobre sus activos y la gestión cotidiana de su actividad; siendo dicho control total o, al menos, parcial”*. Este principio de “deudor no desapoderado” ha sido cristalizado en nuestro sistema sin ningún tipo de limitación, como ya resultaba de aplicación antes de la reforma. De hecho, la norma aclara expresamente que la comunicación no tendrá efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor. No se ha limitado, en la norma nacional, que dichas facultades de disposición se refieran a la “gestión diaria o cotidiana” de la empresa, como sí se limitaba en los acuerdos extrajudiciales de pago ya derogados y se menciona sucintamente en la Directiva. En nuestra opinión, esta decisión es acertada y consistente con los objetivos de la norma, de forma que los actos extraordinarios o fuera del giro o tráfico de la empresa no estarán prohibidos, sin perjuicio de la posibilidad de enjuiciarlos en caso de que dichos actos agraven la situación de insolvencia o sean perjudiciales para el interés social conforme a las normas generales de nuestro derecho societario, concursal o, incluso, penal.

El experto en la reestructuración (erróneamente traducido en la Directiva como “administrador”), que será nombrado en determinados casos, es un asesor encargado de asistir al deudor y sus acreedores en el proceso de negociación y elaboración del plan de reestructuración, así como en la elaboración de ciertos informes y, por tanto, no limita o condiciona en modo alguno las facultades de administración y disposición del deudor durante esta fase preconcursal.

La Directiva impone determinados deberes a los administradores sociales en una situación cercana a la insolvencia con la finalidad de reducir pérdidas, evitar la insolvencia y tomar en consideración los intereses de los acreedores. En particular, la Directiva establece que, en un escenario de insolvencia inminente, los administradores deberán tomar debidamente en cuenta como mínimo los intereses de los acreedores, accionistas y otros interesados, así como tomar medidas para evitar la insolvencia y una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa¹². El legislador español no ha recogido expresamente estos deberes, considerando que estos ya se encuentran implícitos en la normativa vigente sobre deberes de los administradores y la posible calificación del concurso de acreedores como culpable. Se ha prescindido, por tanto, de introducir en nuestro sistema un deber específico de los administradores consistente en proteger los intereses de los acreedores en una situación cercana a la insolvencia, como sí tiene el modelo

12 Estos son los deberes que se han incluido en el artículo 9 de la Directiva. No obstante, el considerando 70 incluye otros deberes concretos: buscar asesoramiento profesional, en particular en materia de reestructuración e insolvencia, proteger el patrimonio de la sociedad a fin de incrementar al máximo su valor y evitar la pérdida de activos clave; examinar, a la luz de la estructura y las funciones de la empresa, su viabilidad y reducir gastos; evitar comprometer a la empresa en transacciones que puedan ser objeto de revocación, a menos que exista una justificación empresarial adecuada; seguir comerciando cuando sea adecuado hacerlo con el fin de maximizar el valor de la empresa en funcionamiento; mantener negociaciones con los acreedores e iniciar procedimientos de reestructuración preventiva.

anglosajón¹³ y, así, se ha evitado abrir (o reabrir) el tradicional debate entre la concepción institucional y la concepción contractualista del interés social¹⁴.

4.2. Suspensión del deber de solicitar concurso y efectos sobre las solicitudes de concurso presentadas por terceros

Uno de los primeros efectos de la comunicación de la apertura de las negociaciones que se introdujo en la normativa concursal fue la suspensión del deber de solicitar concurso por parte del deudor (concurso voluntario). Muestra de ello es la ubicación que, en la Ley Concursal, se dio a la comunicación de apertura de negociaciones que se introdujo en el artículo 5 bis de la antigua ley concursal¹⁵ a continuación del artículo 5 que regula el deber del deudor de solicitar el concurso dentro de los dos meses siguientes en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia. El prolongado plazo que suelen requerir las negociaciones con los acreedores, junto con el riesgo de calificación del concurso como culpable en caso de haber incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso en el plazo anteriormente indicado, justifican que, mientras duren las negociaciones, dicha obligación se suspenda. La suspensión de dicha obligación dura tres meses desde la comunicación o, en caso de prórroga, durante la referida prórroga. En caso de que en dicho plazo el deudor no haya alcanzado un plan de reestructuración, deberá presentar la solicitud de concurso en el plazo de un mes, salvo que no sea preceptiva la solicitud de concurso por no encontrarse en insolvencia actual.

Asimismo, durante el plazo anterior, se paralizan las solicitudes de concurso presentadas por tercero (concurso necesario) a través de (i) la no admisión a trámite de las presentadas después de la comunicación (aunque se repartirán al juzgado) y (ii), como novedad de esta reforma, la suspensión de las que, antes de la comunicación, estuvieran presentadas pero no admitidas a trámite. Esta previsión pretende neutralizar el riesgo (y chantaje) de que un acreedor disidente o no interviniente en el plan de reestructuración pueda presentar (o amenazar con presentar) la solicitud de declaración de concurso antes de que hubiera culminado un plan de reestructuración que le pudiera arrastrar.

En relación con las solicitudes suspendidas o las que se presenten una vez expirado el plazo de tres meses (o prorrogado), pueden ocurrir dos cosas: (1) que el deudor presente su solicitud de declaración de concurso dentro del mes siguiente, en cuyo caso el concurso voluntario se tramitará de manera preferente y los solicitantes se tendrán por comparecidos; o (2) que el deudor no presente

13 El artículo 172.3 de la Companies Act establece: "*The duty imposed by this section has effect subject to any enactment or rule of law requiring directors, in certain circumstances, to consider or act in the interests of creditors of the company*".

14 De manera muy resumida, la teoría contractualista del interés social considera que el interés social es el interés común o la suma de los intereses de los socios; mientras que la teoría institucional defiende que el interés social está por encima del de los socios y que, por tanto, los administradores deben tener en cuenta los intereses de otros actores o *stakeholders* (en este contexto, los acreedores). La teoría institucional es más propia del modelo anglosajón, mientras que la teoría contractualista es la predominante en nuestro sistema y en el modelo continental.

15 En 2009 (a través 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), se introdujo la suspensión del deber de solicitar el concurso, aunque solo para el deudor que comunicara el inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. En la siguiente reforma, en 2011 (a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal), ya se extiende este efecto a la comunicación del inicio de negociaciones de un acuerdo de refinanciación.

su solicitud dentro del referido mes, en cuyo caso las solicitudes de declaración de concurso necesario se proveerán y tramitarán con normalidad.

Pese a que la Directiva lo permitía, el legislador concursal ha optado por no excepcionar las anteriores suspensiones o interrupciones en una situación de insolvencia actual para, de nuevo, dar la oportunidad al deudor de llegar a un acuerdo con sus acreedores aunque ya se encuentre en estado de insolvencia.

La gran novedad de la reforma sobre esta materia es la posibilidad de que, mientras estén en vigor los efectos de la comunicación, la solicitud de declaración del concurso por parte del deudor pueda quedar en suspenso por decisión del juez, a solicitud de acreedores que representen más del 50 % de los pasivos que pudieran quedar afectados por el plan de reestructuración o del experto en la reestructuración, en caso de haber sido nombrado. Esta previsión, pese a no venir recogida en la Directiva, es consistente con la posibilidad que otorga la nueva Ley Concursal de que los acreedores soliciten la homologación judicial de un plan de reestructuración sin el consentimiento del propio deudor¹⁶ o sus socios. Así, lo que pretende la norma es evitar que el deudor pueda frustrar (o amenazar con frustrar) la adopción de un plan de reestructuración por parte de sus acreedores cuando el plan no fuera de su satisfacción. Ahora bien, como cautelas, la Ley Concursal establece que con esta solicitud se deberá acompañar un plan de reestructuración con probabilidad de ser aprobado, es decir, las negociaciones tienen que estar avanzadas y dicha suspensión decaerá al mes, salvo que los acreedores hayan presentado antes la solicitud de homologación del plan. Asimismo, no resulta de aplicación esta previsión al deudor personal natural ni a las sociedades en las que los socios sean legalmente responsables de las deudas sociales debido a su potencial responsabilidad personal en caso de declaración de concurso.

Esta facultad de los acreedores también es aplicable cuando se estuviera negociando un plan de reestructuración, aunque no se hubiera presentado la comunicación previa.

Por otro lado, se ha introducido como novedad que, en caso de que se declare concurso en el año siguiente a la terminación de efectos de la comunicación, la comunicación anticipa el plazo de rescisión de actos perjudiciales para la masa activa, ya que se tomará la fecha de esta comunicación (en lugar de la declaración de concurso) como referencia para computar los dos años.

4.3. Consecuencias sobre los créditos y mantenimiento de contratos

El mantenimiento de la vigencia de los contratos del deudor durante el periodo de negociaciones es primordial para asegurar el éxito de las negociaciones de un plan de reestructuración, aunque inexplicablemente nuestra norma no lo preveía antes de esta reforma en términos generales. Como indica la Directiva¹⁷, la resolución anticipada de los contratos del deudor puede poner en peligro la capacidad de una empresa para seguir desarrollando su actividad durante las negociaciones de dicho plan. Es por ello por lo que se justifica la derogación (o, al menos, suspensión)

¹⁶ Aunque la Ley Concursal no indique expresamente que el plan de reestructuración pueda homologarse sin el consentimiento del deudor (sí lo predica respecto de la ausencia del consentimiento de los socios); en nuestra opinión, debemos interpretar la norma de esta manera.

¹⁷ Considerando 41 de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia.

de la protección habitual que tiene un acreedor o la contraparte de un contrato con obligaciones recíprocas en nuestro derecho de obligaciones y contratos, como por ejemplo dejando sin efecto temporalmente el artículo 1129.1.º (pérdida del beneficio del plazo) y 1124 (acción resolutoria en obligaciones recíprocas) de nuestro Código Civil, así como la imposibilidad de que la contraparte haga efectivas cláusulas vinculantes y válidas de contratos suscritos con el deudor.

La resolución anticipada de un crédito a largo plazo supondría engordar el endeudamiento de una sociedad que ya se encuentra en una situación financiera difícil. Por ello, como ya recogía nuestra norma antes de la reforma, la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores no puede producir por sí sola el vencimiento anticipado de los créditos a plazo. Asimismo, la reforma de la Ley Concursal ha introducido expresamente que serán ineficaces las cláusulas que prevean la modificación de las condiciones del crédito por el inicio de un procedimiento de reestructuración o análogo. En consecuencia, entendemos que no solo se prohíbe al acreedor vencer anticipadamente un contrato de financiación por esta causa, sino que además, en los contratos de crédito o líneas de circulante (por ejemplo, avales o descuento comercial), un deudor podrá seguir disponiendo de la línea de crédito sin que sea eficaz la condición para disponer consistente en ausencia de insolvencia, solicitud de suspensión de ejecuciones o procedimiento análogo. El acreedor puede negarse a la disposición únicamente si puede alegar que se incumplen otras condiciones para disponer. Esto es especialmente preocupante para los acreedores y, en especial, los de tipo bancario, ya que tradicionalmente han tratado de resistirse a incrementar su exposición a un deudor en un escenario preconcursal.

Los créditos ya vencidos en el momento de presentar la comunicación serán exigibles, aunque —como veremos a continuación— no se podrá iniciar un procedimiento de ejecución forzosa para satisfacerlos. No obstante, el acreedor sí tendrá derecho a la indemnización de daños por incumplimiento, que, en un supuesto de crédito vencido, se traduce, como mínimo, en el devengo de intereses de demora¹⁸.

Asimismo, y como ya se recogía en la norma anterior, el acreedor podrá ejecutar la garantía personal o real otorgada por tercero y se prohíbe expresamente al garante invocar la comunicación en perjuicio del acreedor, incluso —aclara la norma— aunque este acreedor esté participando en las negociaciones. No obstante, se introduce en la reforma de la Ley Concursal la novedad consistente en la suspensión de ejecución de garantías otorgadas por otras sociedades del grupo, cuando el deudor lo ha solicitado expresamente y acredite que la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia del garante y de la propia deudora (por el derecho de repetición que nacería entre garante y deudor principal).

Sin duda alguna, la novedad más relevante introducida por la nueva Ley Concursal en esta materia es la prohibición de resolver, modificar o suspender contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento una vez presentada la comunicación. En general, la extensión del derecho preconcursal —que hasta ahora solo afectaba a pasivo financiero— a contratos comerciales

¹⁸ La reforma no ha aclarado la cuestión sobre si las facultades de compensación contractual (más allá de las que se sujetan al Real Decreto-ley 5/2005) que, en ocasiones, los juzgados habían considerado también suspendidas por analogía, se deben considerar, o no, suspendidas en un escenario preconcursal. No obstante, la doctrina más autorizada considera que es errónea esta analogía y, por tanto, no debería considerarse suspendidas.

es una de las grandes novedades de la Directiva y de la reforma, y se trata de una gran apuesta y una herramienta muy potente para lograr una reestructuración global y eficaz de una compañía.

El régimen anterior nada establecía sobre el mantenimiento de los contratos una vez presentada la comunicación de apertura de negociaciones, y esto era considerado por muchos como un clara laguna. En cambio, sí que se establecía un régimen semejante una vez producida la declaración de concurso¹⁹.

Así, cumpliendo fielmente el mandato impuesto por la Directiva, el legislador español ha establecido, por un lado, que serán ineficaces las cláusulas que permitan a la contraparte resolver, acelerar o modificar cualquier contrato (sea o no necesario para la continuidad de la actividad) con obligaciones recíprocas pendientes de ejecución (*executory contracts*), en detrimento del deudor por la mera solicitud de apertura de un procedimiento de reestructuración o procedimiento análogo (las denominadas cláusulas *ipso facto*), aunque sí que se reconoce este derecho por otros motivos o circunstancias distintas del inicio de un procedimiento de reestructuración.

Asimismo, respecto de los contratos necesarios para la continuidad de la actividad, también se prohíbe suspender el cumplimiento de las obligaciones de la contraparte, modificar o terminar el contrato por incumplimientos del deudor anteriores a la comunicación. Pese a que la Directiva ofrecía la posibilidad, el legislador español no ha considerado conveniente extender esta prohibición respecto de contratos que no sean necesarios para la continuidad de la actividad.

En conclusión, la presentación de la comunicación supone que ningún contrato con obligaciones recíprocas pendiente de ejecución, sea necesario o no, se pueda resolver, modificar o suspender por este motivo (aunque sí por otras causas) y, si se trata de contratos necesarios, tampoco se podrán resolver, modificar o suspender por incumplimientos del deudor anteriores a la comunicación.

De igual manera que con las ejecuciones, este régimen no resulta aplicable a los acuerdos de compensación contractual regulados en el Real Decreto-ley 5/2005²⁰. Tampoco resultará de aplicación a contratos de suministro de bienes, servicios o energía que se hubieran negociado en mercados organizados de modo que puedan ser sustituidos en cualquier momento por su valor de mercado.

4.4. Prohibición de inicio y suspensión de ejecuciones

Otro de los efectos fundamentales de la comunicación para preservar el valor de la empresa y evitar comportamientos oportunistas por los acreedores antes de la declaración del concurso es la prohibición de iniciar ejecuciones, judiciales o extrajudiciales, o suspender las ya iniciadas contra bienes del deudor. Dicha prohibición y paralización de ejecuciones, que no se ha modificado de manera sustancial en la reforma, atenta contra el principio de tutela judicial efectiva de los acreedores y, por tanto, está material y temporalmente limitada.

¹⁹ Artículos 156 a 159 de la Ley Concursal.

²⁰ Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

Desde el punto de vista material, no todas las ejecuciones son objeto de prohibición o paralización, sino únicamente las que se dirijan contra bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor, salvo la excepción que veremos más adelante.

En principio, es el deudor quien, en su comunicación, determinará qué bienes o derechos son necesarios para la continuidad de su actividad, de forma que la autoridad que estuviera conociendo de dicha ejecución la suspenderá automáticamente. No obstante, como ya indicábamos anteriormente, a través del recurso de revisión se puede impugnar dicho carácter necesario, de forma que el juez podrá resolver la reanudación o inicio de ejecuciones frente a bienes que considere que no son necesarios.

Como excepción a lo anterior, el deudor podrá solicitar que se extienda la prohibición o suspensión de ejecuciones de bienes que no resultan necesarios para continuar con su actividad, contra uno o varios acreedores o clases de acreedores (la denominada "suspensión de ejecuciones general"), siempre que (i) el deudor justifique que resulta necesario para asegurar el buen fin de las negociaciones, (ii) el experto en la reestructuración, en caso de haberlo, informe favorablemente a este respecto y (iii) así lo resuelva el juez.

La ejecución de garantías reales sobre bienes o derechos necesarios podrá iniciarse, pero el juez la suspenderá. Este precepto, que ya se recogía en el texto anterior de la Ley, es consecuente con la facultad del acreedor con garantía real de mantener la ejecución separada²¹, en caso de que las negociaciones no lleguen a buen puerto y se termine declarando el concurso.

Asimismo y en coherencia con lo dispuesto en el Real Decreto-ley 5/2005 que ya prevé la posibilidad de ejecución de garantías financieras al margen del concurso, se aclara que la comunicación no impedirá la ejecución de estas garantías financieras.

Por último, la Ley Concursal establece dos excepciones al régimen anterior: los acreedores públicos y los acreedores que legalmente no puedan quedar afectados por un plan de reestructuración.

En línea con el tratamiento privilegiado que se ha dado siempre al crédito público y que —también siempre— ha sido muy criticado, los acreedores públicos podrán iniciar procedimientos de ejecución frente al deudor que hubiera presentado una comunicación, y los procedimientos ya iniciados no se suspenderán. No obstante, se introduce una novedad: en caso de recaer sobre bienes o derechos necesarios, se podrá suspender el procedimiento de ejecución, pero únicamente en la fase de realización o enajenación. Se da aquí la oportunidad a que el deudor, en el marco del plan de reestructuración, pueda conseguir los fondos suficientes para pagar el crédito público y así salvar los bienes necesarios para su actividad antes de que se vendan.

Dicha salvedad no se recoge respecto de las reclamaciones de créditos que no puedan quedar afectados por el plan de reestructuración, a saber, créditos derivados de responsabilidad civil extracontractual, créditos laborales (distintos de alta dirección) y créditos futuros. Por tanto, dichos

²¹ Ver artículos 148 y 149 de la Ley Concursal.

acreedores podrán iniciar procedimientos de ejecución contra el deudor, sin que la comunicación de apertura de negociaciones les afecte.

El régimen descrito es una continuación del previsto en la antigua Ley que ya se encontraba bastante desarrollado y, por tanto, era plenamente compatible con la Directiva. No obstante, se ha derogado la previsión específica para los acreedores de pasivo financiero, los cuales no podían iniciar ningún tipo de ejecución cuando el 51 % de dicho pasivo apoyaba la apertura de las negociaciones y se comprometía a no llevar a cabo ejecuciones individuales mientras tuvieran lugar las negociaciones.

4.5. Suspensión de solicitar la disolución obligatoria

La reforma ha aprovechado para aclarar que la comunicación también suspende la obligación de solicitar la disolución en caso de que las pérdidas hubieran dejado reducido el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social (causa legal de disolución). Así, con la comunicación no solo se resuelven temporalmente los problemas de liquidez de la compañía, sino también los eventuales problemas contables en el patrimonio neto.

4.6. El plazo, su prórroga y el límite temporal

Como ya se ha adelantado, los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones suponen una limitación a los derechos que las partes tienen reconocidos en nuestro derecho: limitación a la tutela judicial efectiva, limitación a facultades contractuales o legales, limitación a solicitar la declaración de concurso, etc. Dichas limitaciones se imponen en beneficio de lo que se considera un bien mayor consistente en promover que el deudor pueda llegar a un acuerdo con sus acreedores que le permita evitar la insolvencia. Pero, precisamente porque hay una limitación de derechos, esta limitación tiene que ser necesariamente temporal.

En nuestra Ley Concursal, los efectos de la comunicación duran tres meses. Este es el plazo que ya se daba desde que se incluyó esta figura por primera vez en nuestra legislación concursal y no se ha considerado conveniente ampliarlo, pese a que la Directiva habilitaba a que dicho plazo pudiese extenderse hasta los cuatro meses. El *dies a quo* de dicho plazo es el mismo que en la antigua ley y es la presentación de la comunicación.

Así, una vez transcurrido el plazo de tres meses (o el de la prórroga) sin que se haya llegado a un plan de reestructuración, decaerán los efectos de la comunicación. En caso de que se hubiera alcanzado un plan de reestructuración, la admisión a trámite de la homologación provocará asimismo la prohibición de inicio de ejecuciones o paralización de las ya iniciadas hasta que se resuelva. En caso de que no se hubiera alcanzado un plan de reestructuración, el deudor tendrá un mes más para solicitar el concurso voluntario en caso de encontrarse en situación de insolvencia (por ello, la jerga concursalista se refiere al plazo de la comunicación como “3+1”).

El legislador español sí ha querido acoger en esta reforma la posibilidad que da la Directiva de prorrogar este plazo a solicitud del deudor, un acreedor o el experto en la reestructuración, en determinadas circunstancias. Así, la reforma de la Ley Concursal introduce, como novedad rele-

vante, la posibilidad de solicitar al juez una prórroga de hasta tres meses adicionales por parte del deudor siempre que cuente con el consentimiento de acreedores que representen más del 50% del pasivo a afectar por el plan (deduciendo los créditos subordinados) o de estos mismos acreedores de manera unilateral, siempre, en ambos casos, que se cuente con el informe favorable del experto en la reestructuración. Dicha solicitud deberá indicar el estado de las negociaciones, las cuestiones pendientes de acuerdo y la identidad de los acreedores que no se hubieran pronunciado favorablemente sobre la prórroga. En línea con lo que prevé la Directiva, la prórroga no debe concederse de manera automática, sino que el juez debe valorar si está debidamente justificada, en este caso, porque se han logrado avances significativos en las negociaciones. No debería concederse dicha prórroga, por tanto, si el estado de las negociaciones indicara que acordar un plan de reestructuración resulta improbable.

Asimismo, la reforma de la Ley Concursal ha establecido que, una vez que el juez conceda la prórroga, esta deberá ser levantada si lo solicita el deudor, el experto, acreedores que representen el 40 % del pasivo que pudiera ser afectado por el plan (deduciendo los créditos subordinados) o cualquier acreedor que acredite que la prórroga ha dejado de cumplir el objetivo de favorecer las negociaciones del plan. Nótese que, mientras que es decisión del juez conceder o no la prórroga, parece que su levantamiento en los anteriores casos sería obligatoria, ya que el artículo dice *“el juez deberá dejar sin efecto la prórroga”*. Por último, también se permite que un acreedor pueda solicitar quedar excluido de la prórroga si esta pudiera causarle un perjuicio injustificado, su insolvencia, la disminución del activo dado en garantía o si los bienes objeto de ejecución no tuvieran el carácter de necesario (siempre que la suspensión o paralización fuera exclusivamente sobre bienes o derechos necesarios y no una suspensión o paralización general de ejecuciones).

Finalmente, para evitar que se sucedan comunicaciones con el único fin de mantener la suspensión de ejecuciones y paralizar las solicitudes de concurso necesario, la ley prohíbe que se pueda presentar una nueva comunicación en el plazo de un año.

5. Conclusión

El derecho preconcursal y, en particular, la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores supone el establecimiento de mecanismos excepcionales que cercenan o suspenden derechos de los acreedores o contrapartes del deudor por un bien mayor, como es facilitar la negociación de un plan de reestructuración. Dichos mecanismos y efectos incluidos en la Directiva sobre reestructuración eran relativamente compatibles con nuestro derecho vigente. No obstante, con la reciente reforma de la Ley Concursal, se introducen novedades relevantes en cuanto a extensión de efectos y posibilidad de ampliar su plazo, con la finalidad de que esta figura sirva realmente para lo que fue concebida: conseguir en tres (o seis) meses negociar un plan de reestructuración que evite la insolvencia y no, como algunas veces se ha criticado, simplemente posponer la solicitud de declaración de concurso. Lamentablemente, con las perspectivas económicas actuales y el fin de la moratoria concursal, estamos seguros de que tendremos la oportunidad de observar la aplicación práctica de esta figura en los años venideros.

Bibliografía

AZOFRA VEGAS, Fernando (2022). Las cláusulas *ipso facto* y la posibilidad de denuncia unilateral del contrato. *Anuario de Derecho Concursal*, 55, pp. 41-67.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria (2020). La incidencia de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva sobre los artículos 5 bis y 235 de la Ley Concursal. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 32, pp. 71-95.

MORENO SERRANO, Enrique (2015). Ejecuciones de bienes necesarios y negociación de un acuerdo de refinanciación. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. III Congreso Internacional de Derecho Concursal: reestructuración y refinanciación de deuda empresarial (10 años RCP)*, 22, pp. 483-494.

PULGAR EZQUERRA, Juana; ARIAS VARONA, Francisco Javier; GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés; MEGÍAS LÓPEZ, Javier, (2020). *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal. T. I. Las Rozas (Madrid): La Ley (2.ª ed.)*.

VEIGA COPO, Abel Benito; MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel (2021). *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (1.ª ed.).

LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN

Eduardo Geli Fernández-Peñaflor, Blanca Arlabán Gabeiras
Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Barcelona y Londres)

Los planes de reestructuración

El Parlamento ha aprobado la ley de reforma de la Ley Concursal que transpone la Directiva de Reestructuraciones e Insolvencias en España. La reforma es de gran calado e incluye profundas modificaciones en varias materias del régimen concursal y preconcursal. En este trabajo centramos nuestra atención en uno de los llamados “institutos preconcursales”: los planes de reestructuración.

PALABRAS CLAVE:

DIRECTIVA DE REESTRUCTURACIONES, PLANES DE REESTRUCTURACIÓN, CRÉDITOS AFECTADOS, FORMACIÓN DE CLASES. ARRASTRE, HOMOLOGACIÓN JUDICIAL.

The restructuring plans

The Parliament has passed a bill reforming the Insolvency Act and transposing the Restructuring Directive in Spain. The reform is deep and includes important changes to the insolvency and pre-insolvency regime. In this article we will focus in one of the so-called “pre-insolvency institutions”: the restructuring plans.

KEYWORDS:

RESTRUCTURING DIRECTIVE, RESTRUCTURING PLANS, AFFECTED CLAIMS, CLASS FORMATION, CRAM-DOWN, PLAN'S COURT APPROVAL.

FECHA DE RECEPCIÓN: 24-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 27-10-2022

Geli Fernández-Peñaflor, Eduardo; Arlabán Gabeiras, Blanca (2022). Los planes de reestructuración. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 30-70 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El 6 de septiembre de 2022 se ha publicado en el *BOE* la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de

deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (la “Directiva de Reestructuraciones”). La mayor parte de la Ley 16/2022 (“Ley 16/2022”) ha entrado en vigor a los veinte días de su publicación en el *BOE*.

La Ley 16/2022 es amplia, ambiciosa y realiza la enésima reforma de calado de la Ley Concursal (“LC”). Incluye novedades en varias materias, pero el principal protagonista de la reforma es el libro segundo, que regula el llamado derecho preconcursal, que a su vez pivota sobre dos piezas denominadas “institutos preconcursales”: la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores y los planes de reestructuración. La comunicación de la apertura de las negociaciones es una institución *instrumental*: es una herramienta destinada a facilitar la negociación de un plan de reestructuración. En este trabajo realizamos una aproximación al segundo de ellos, los planes de reestructuración, que necesariamente va a ser parcial, ya que la limitada extensión del trabajo no permite tratar todas las cuestiones de interés, y prospectiva, ya que se trata de un instituto que, si bien algo tiene que ver con los antiguos acuerdos de refinanciación, contiene una regulación muy novedosa, directamente importada de la Directiva, y que se introduce en el ordenamiento español mediante la Ley 16/2022.

2. Los planes de reestructuración

2.1. El contexto histórico

El régimen en materia de homologación surgido de la Ley 16/2022 es de nueva planta y sigue, como no podía ser de otra forma, los dictados de la Directiva de Reestructuraciones. Ahora, en lugar de “acuerdos de refinanciación” existen “planes de reestructuración”, que tienen un objeto y unos efectos potencialmente mucho más amplios.

Los acuerdos de refinanciación fueron introducidos en la ley concursal mediante el Real Decreto-ley 3/2009 de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la profunda crisis económica que atravesaba nuestro país y ante la constatación de que el concurso podría no ser la mejor solución para resolver las situaciones de crisis empresarial para ninguna de las partes concernidas: ni para el propio deudor, interesado en la continuidad de la empresa, ni para los trabajadores, interesados en preservar sus puestos de trabajo, ni para los acreedores, interesados en maximizar la recuperabilidad de sus créditos. Se trataba, pues, de regular en España un instituto preconcursal de solución preventiva, dotándolo de un marco jurídico y de cierta seguridad, con el fin de incentivar a deudor y acreedores a alcanzar una solución negociada como alternativa al procedimiento concursal. La regulación inicial de los acuerdos de refinanciación fue bastante parca e incompleta, y enseguida se mostró insuficiente, siendo objeto de diversas y sucesivas modificaciones que intentaron despejar algunas de las muchas dudas que ese parco texto inicial planteó, pero, sobre todo, completar su regulación con el fin de dotarlo de mayor eficacia. Dicho objetivo fue en buena medida conseguido mediante el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo (y la ley 17/2014, de 30 de septiembre que trae causa de aquel Real Decreto-ley), al permitir que los efectos de los acuerdos de refinanciación suscritos por el deu-

dor con una clase de sus acreedores, los titulares de créditos financieros (generalmente la clase más relevante por su peso en el conjunto del pasivo del deudor), pudieran ser extendidos a todos los acreedores financieros del deudor —incluso, sujeto a ciertos requisitos, a los acreedores con garantías reales—, aunque no todos ellos hubiesen suscrito el acuerdo de refinanciación.

Desde su introducción en 2009 y, especialmente, tras la reforma de 2014, los acuerdos de refinanciación se han mostrado como una herramienta muy útil para lograr el fin para el que fueron creados, ya que muchas empresas en España han podido evitar gracias a ellos el concurso (y la probable liquidación). No obstante, es previsible que este importante instituto preconcursal devenga todavía más eficaz ahora con la introducción de los planes de reestructuración mediante la Ley 16/2022, que vienen a sustituirlo. Así, por ejemplo, a diferencia de lo que ocurría con los acuerdos de refinanciación, los planes pueden incluso imponerse al deudor, ya que no siempre se necesita su consentimiento; por eso, como recuerda la exposición de motivos, no se denominan “acuerdos” de reestructuración, sino “planes” de reestructuración¹. A continuación se examinan algunas de sus características más sobresalientes.

2.2. Presupuesto objetivo

La homologación judicial de un plan de reestructuración procederá únicamente cuando el deudor esté en situación de insolvencia actual, inminente o probable. La norma trata así de evitar situaciones de abuso que podrían producirse en el caso de que, sin necesidad, el instituto de los planes de reestructuración pudiera utilizarse con motivos encubiertos y no legítimos (como, por ejemplo, forzar una quita o un cambio de control en un escenario en el que no existen dificultades financieras). Los planes de reestructuración son un instrumento al servicio de los deudores en situación de dificultad financiera, siempre que tengan perspectivas razonables de poder solventar la situación de insolvencia. Fuera de estos casos, los sacrificios que se exigen a las partes afectadas por el plan no encuentran justificación ni fundamento alguno.

Se mantiene, por tanto, la exigencia ya existente en el régimen previo de que solo los deudores en estado de insolvencia (anteriormente definida como insolvencia actual o inminente) están legitimados para recurrir a la reestructuración de sus deudas por el mecanismo de la homologación judicial. En este sentido, el legislador ha definido por primera vez en nuestro ordenamiento el concepto de insolvencia inminente (hasta ahora de construcción eminentemente casuística) como aquella situación que se da cuando el deudor *“prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”*. Pero, además, la Ley 16/2022 añade un nuevo estado de insolvencia (la insolvencia probable) que deriva de la Directiva de Reestructu-

¹ La ley concursal utilizaba antes de la reforma el término acuerdo de “refinanciación” mientras que ahora, tras la reforma y siguiendo la Directiva de Reestructuraciones, utiliza el término plan de “reestructuración”. Sin embargo, en la práctica solían utilizarse los términos “acuerdo de refinanciación” y “acuerdo de reestructuración” de forma indistinta. ¿Significan lo mismo? No exactamente, el menos no en el ámbito bancario. La Circular 4/2016 del Banco de España, que modifica al Circular 4/2004 sobre normas de información financiera, distingue ambos conceptos: con “operación de refinanciación” se refiere a la cancelación (y sustitución) de una o varias operaciones de financiación preexistentes, mientras que el concepto de “reestructuración” se refiere a modificación de las condiciones financieras de las operaciones preexistentes, incluyendo de forma expresa dentro de este concepto la realización de quitas, entrega de activos para reducir deuda (daciones en pago), o modificación (alargamiento) de los períodos de carencia, calendario de amortización y fechas de vencimiento; siendo, eso sí, el elemento común de ambos conceptos facilitar a un deudor en dificultades financieras que pueda atender sus obligaciones de pago. Como sea que los acuerdos colectivos de refinanciación incluían tanto la extinción de obligaciones como su modificación, se podría haber optado ya antes de la reforma por el término de “acuerdos de reestructuración”.

raciones y que se produce “*cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que vencen en los próximos dos años*”. La finalidad no es otra que la de adelantar en el tiempo el test de insolvencia y, por tanto, facilitar la actuación temprana de deudores en situación de dificultad, de forma que no tengan que esperar hasta el último momento para acogerse a este procedimiento y puedan, así, disponer del tiempo suficiente para negociar con éxito una reestructuración que asegure su viabilidad futura. Nótese que la Directiva de Reestructuraciones a la hora de describir posibles escenarios de insolvencia probable que pueden dar lugar a la necesidad de concluir un plan de reestructuraciones se refiere a situaciones que, *a priori*, no conllevan de forma inmediata una dificultad financiera para el deudor, como puede ser la pérdida de un contrato o cliente claves, pero que, de no remediarse, amenazan de forma real y seria la capacidad del deudor de hacer frente a sus obligaciones futuras.

No cabe, en cambio, solicitar la homologación judicial de un plan de reestructuración cuando el deudor se encuentre en el estadio de insolvencia actual y ya se haya admitido a trámite solicitud de concurso necesario.

2.3. Concepto y alcance de los planes de reestructuración

Se considerarán planes de reestructuración aquellos que tengan por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos. Asimismo, el art. 615 LC establece que se someterán a la LC (i) los planes de reestructuración que prevean una extensión de sus efectos frente a acreedores o clases de acreedores titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan; (ii) los planes que prevean una extensión de efectos frente a los socios de la persona jurídica cuando no hayan aprobado el plan; y (iii), con independencia de que se prevea o no una extensión de los efectos del plan, los planes cuando se pretenda proteger la financiación interina y la nueva financiación que prevea el plan (y los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de este) frente al régimen general de las acciones rescisorias, y reconocer a esa financiación las preferencias de cobro previstas en la LC.

En este punto conviene hacer algunas observaciones importantes teniendo en cuenta el régimen legal anterior a la reforma, al que hemos aludido someramente en el apartado 2.1, y que seguramente servirá a todos los operadores del mercado como marco de referencia. Veamos.

En primer lugar, como ya hemos apuntado antes, un “plan” de reestructuración no es un “acuerdo” de reestructuración; es mucho más, es un instrumento formado por varias piezas, las mencionadas en el art. 633 LC que, entre otras, incluye lo que antes definía la LC como un acuerdo de refinanciación entre el deudor y sus acreedores. En concreto, el acuerdo de refinanciación sería una de las medidas de “reestructuración financiera” a que alude el ordinal 9.º del art. 633 LC.

En segundo lugar, como luego se verá, a diferencia de lo que ocurría antes de la reforma, no es pensable que los actuales planes de reestructuración tengan existencia propia al margen de la ho-

mologación judicial. En el esquema anterior, los acuerdos de refinanciación podían ser, o no, objeto de homologación judicial; y los acuerdos no homologados, si cumplían determinados requisitos, conferían la importante ventaja de proteger el acuerdo frente a acciones rescisorias, cosa que no ocurre ahora: todos los efectos importantes que se persiguen mediante un plan de reestructuración (protección frente a acciones rescisorias, extensión de efectos, reconocimiento de privilegios en concurso y —la novedosa— resolución de contratos en interés de la reestructuración) solo se pueden conseguir mediante la homologación judicial del plan (*vid.* art. 635 LC). Por tanto, y aunque en teoría un plan de reestructuración puede alcanzarse válidamente sin la homologación, que no es un requisito de su validez o eficacia, en la práctica cuesta ver cuándo se dará esa situación, ya que los efectos previstos en el art. 635 LC son, en realidad, los que siempre pretenden alcanzar los acreedores que se ven abocados a negociar con su deudor en una situación preconcursal.

En tercer lugar, la LC no exige de forma explícita que el deudor deba necesariamente aprobar el plan, y aunque lo normal será que el plan sea el resultado de una negociación y un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, la ley (*vid.* art. 640 LC) solo lo exige —y para la homologación del plan (no para su culminación)— cuando el deudor es persona física; o bien, cuando es persona jurídica, lo exige a los socios que sean responsables de las deudas sociales (por ejemplo, los socios colectivos en las sociedades comanditarias o colectivas). Por tanto, en la inmensa mayoría de los casos en los que el deudor será una sociedad de capital, el consentimiento no sería, en puridad, necesario. A esta misma conclusión se llega si vemos el tratamiento que da la ley al régimen especial aplicable a pequeñas empresas al establecer de forma expresa que debe concurrir la aprobación del deudor (sin distinción entre persona física o jurídica) y de los socios del deudor (de nuevo, sin distinguir si son o no responsables legalmente de las deudas sociales) para poder solicitar la homologación en estos casos. Por tanto y *a sensu contrario*, si en el régimen especial del título V se exige y en el general del título III no, es que el legislador no ha querido exigirlo para el régimen general. Esto es coherente con el hecho de que, conforme al artículo 643 LC, los acreedores pueden tomar la iniciativa y solicitar ellos mismos directamente la homologación judicial de un plan de reestructuración elaborado por ellos (potencialmente sin el deudor). Asimismo, tras la reforma (*vid.* art. 650 LC), se prevén reglas específicas para la ejecución del plan homologado judicialmente y su inscripción en los registros competentes cuando no se cuente con la colaboración de los socios o incluso de los administradores (véase el apartado 4.5). En otro artículo de esta revista abordamos de forma monográfica el tratamiento del socio en el contexto de una reestructuración, por lo que nos referimos al análisis que allí hacemos para evitar reiteraciones.

En cuarto lugar, mediante un plan de reestructuración se puede afectar no solo al pasivo, sino también al activo y a los fondos propios del deudor, incluyendo las transmisiones no solo de activos aislados, sino de unidades productivas e, incluso, de la totalidad de la empresa en funcionamiento², así como “cualquier cambio operativo”. El alcance que puede llegar a tener un plan es, como vemos, amplísimo.

2 Uno de los Estados miembros que ha incluido la posibilidad de vender la empresa en funcionamiento (tanto a través de la venta de sus participaciones como de sus activos y pasivos) es Alemania, que también ha previsto que, en estos casos, el comprador deberá asumir la totalidad de los empleados del deudor.

2.4. **Ámbito subjetivo: el deudor y sus socios. Los acreedores (créditos) afectados por el plan**

Los planes de reestructuración afectan esencialmente a dos partes, el deudor y sus acreedores, aunque puede haber otras partes que se vean afectadas, generalmente garantes personales o reales de las obligaciones del deudor (esto será muy habitual en planes de reestructuración de grupo en los que todas las compañías del grupo son codeudores con la matriz o cogarantes de las obligaciones asumidas por la matriz) y, con gran frecuencia, los socios del deudor persona jurídica, cuya intervención es necesaria para asumir ciertos compromisos con el deudor o para permitir determinadas actuaciones por parte del deudor en ejecución del plan.

Por lo que se refiere al deudor, este puede ser persona natural o jurídica, en coherencia con el presupuesto subjetivo para la declaración del concurso (art. 1 LC) o para la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores (art. 585 LC).

En cuanto a los créditos que pueden resultar afectados por un plan, existen importantes novedades respecto al régimen anterior a la reforma. Bajo el anterior régimen preconcursal, en principio todos los acreedores eran llamados al posible acuerdo colectivo de refinanciación, no solo una clase como puede ser los titulares de créditos financieros. Eso no significaba que el acuerdo colectivo debiera necesariamente alcanzarse con todos (o una mayoría) de los acreedores del deudor. De hecho, la realidad muestra que, en el supuesto de acuerdos colectivos, el deudor solía negociar principalmente —si no únicamente— con sus acreedores financieros, sobre todo por dos razones: en primer lugar, porque los acreedores financieros, por sí solos, en muchas ocasiones permitían alcanzar la mayoría del sesenta por ciento del pasivo total entonces exigido por la ley para acuerdos colectivos protegidos sin homologación y, en segundo lugar, porque para la homologación judicial el cómputo de mayorías se realizaba sobre pasivo financiero. Por contra, el actual régimen de planes de reestructuración está concebido para actuar sobre todos los acreedores (salvo contadas excepciones). Las partes tienen libertad para determinar el “perímetro” del plan y, si así lo desean, podrán formar parte de dicho “perímetro” cualesquiera acreedores (con algunas excepciones), incluidos los comerciales. Con esta medida, la reforma ha dotado a las partes de una gran flexibilidad en el diseño del plan de reestructuración en comparación con los antiguos acuerdos de refinanciación.

Según establece el art. 616 LC, se considerarán “*créditos afectados*” cualesquiera créditos que, de acuerdo con el plan de reestructuración, sufran cambios en sus condiciones, incluyendo la modificación de la fecha de vencimiento, del principal o de los intereses; la conversión en crédito participativo o subordinado, acciones o cualquier otro instrumento con un rango o condiciones diferentes; la modificación o cancelación de sus garantías, personales o reales; o incluso el cambio de deudor o de ley aplicable al crédito. Estos dos últimos aspectos tienen especial relevancia y constituyen una importante novedad respecto al régimen anterior, ya que legalmente no estaba previsto que pudiera imponerse en un acuerdo de refinanciación un cambio de deudor sin consentimiento del acreedor (ver art. 1205 CCiv) ni, por supuesto, un cambio en la legislación aplicable a los contratos existentes, y tampoco había sido aceptado por los jueces de lo mercantil. Tanto el cambio de deudor como de la ley aplicable al crédito pueden dar mucho juego a la hora

de diseñar los planes de reestructuración, en especial en los supuestos de planes que afecten a grupos de sociedades con filiales en el extranjero³.

Sin embargo, el plan de reestructuración no puede afectar a algunos créditos o solo puede hacerlo bajo estrictos requisitos:

- i. Los créditos públicos pueden verse afectados siempre que (i) el deudor acredite, tanto en el momento de presentar la comunicación de apertura de negociaciones como en el momento de solicitud de homologación judicial del plan, estar al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social; y (ii) los créditos públicos tengan una antigüedad inferior a dos años a contar desde la solicitud (art. 616 LC). A su vez, el art. 616 bis LC limita enormemente los efectos que pueden imponerse que, en la práctica, parecen restringidos a un mero diferimiento que —además— será muy limitado, pues los créditos de derecho público deberán estar íntegramente satisfechos en los siguientes plazos: en doce meses desde la homologación judicial del plan de reestructuración con carácter general o en seis meses desde la homologación judicial si el deudor y el acreedor público hubieran alcanzado un acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento previamente, y si hubo comunicación de apertura de negociaciones, en todo caso en un plazo máximo de dieciocho meses desde dicha comunicación.
- ii. La Ley 16/2022, en su disposición adicional 8.^a, ha establecido restricciones muy significativas para la extensión de los efectos de un plan a los créditos o préstamos garantizados por aval del estado como parte de las medidas urgentes extraordinarias adoptadas para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Entre otros, las entidades de crédito que sean beneficiarias de avales dados por el estado solo podrán votar a favor de fraccionamientos, quitas y aplazamientos (pero no a favor de otras medidas de reestructuración que pueden ser igualmente necesarias o incluso más efectivas, como la aprobación de un cambio de deudor o de ley aplicable, capitalizaciones o conversión de créditos en deuda participativa, o la modificación o cancelación de garantías). Y para ello, deben contar previamente con el consentimiento del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, lo que, sin duda, restará agilidad a los procesos y dificultará la reestructuración de deudores que se hayan beneficiado de acceso a crédito garantizado por el Estado. Por su relevancia, esta cuestión ha sido tratada de forma monográfica en otro capítulo de esta revista, al que nos remitimos en su integridad.
- iii. El plan de reestructuración tampoco puede afectar a los créditos por alimentos, a los créditos por responsabilidad extracontractual y a los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección.
- iv. Las garantías financieras reguladas por el Real Decreto-ley 5/2005 no pueden verse afectadas ni es posible restringir la capacidad del acreedor para acelerar los créditos garantizados hasta el valor de la garantía.

³ Téngase en cuenta a este respecto lo previsto en el art. 754 de la LC.

La reforma introduce una importante aclaración respecto al régimen anterior al establecer expresamente que los créditos afectados incluyen los créditos contingentes y los sometidos a condición. Piénsese, por ejemplo, en fiadores o avalistas del deudor frente a quienes, en el momento de aprobarse el plan, no se ha ejecutado la fianza o aval, pero que, si se ejecuta, automáticamente se convertirán en acreedores frente al deudor (ver arts. 1838 y 1839 CCiv para el caso de la fianza); o en entidades de crédito que hayan concedido financiación de circulante (por ejemplo líneas de *factoring*, *confirming* o *avales*) por un límite máximo disponible de, por ejemplo, 1000 respecto del cual el deudor, en el momento de aprobarse el plan, ha dispuesto de 600, pudiendo en cualquier momento disponer de los restantes 400. ¿Deben considerarse acreedores esos avalistas/fiadores? En nuestro ejemplo sobre el circulante, las entidades son sin duda acreedores, pero ¿deben considerarse acreedores por 600 o por 1000? La cuestión es muy relevante porque en no pocas ocasiones alcanzar las mayorías previstas en la ley depende, en buena medida, del tratamiento que se dé a estos casos y de cómo se computen. Con anterioridad a la reforma no se había alcanzado un consenso y existía jurisprudencia contradictoria en torno a esta cuestión⁴. Por ello, resulta de la máxima utilidad que la ley aclare por fin la afectación de este tipo de créditos y las reglas de cómputo que les son aplicables, a las que nos referiremos en el apartado 2.10.

Por último, cabe señalar que la ley establece que los créditos por repetición, subrogación o regreso quedarán afectados en las mismas condiciones que el crédito principal *“siempre que así lo prevea el plan”* (salvo que el crédito de repetición o regreso goce de garantía real, en cuyo caso será tratado como crédito garantizado), por lo que habrá que prestar especial atención a este extremo a la hora de redactar el plan.

2.5. Contenido y comunicación del plan

El plan debe tener el contenido mínimo que detalla el art. 633 LC. Como hemos indicado en el apartado 2.1, de la simple lectura de este precepto se desprende que el alcance y contenido de los actuales planes de reestructuración es mucho más amplio que el de los antiguos acuerdos de refinanciación, ya que el contenido propio de los antiguos acuerdos de refinanciación (esencialmente, un plan de viabilidad que permitiera la continuidad del deudor en el corto y medio plazo, y la ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o extinción de las obligaciones del deudor) no representa más que dos de los doce requisitos exigidos en la actualidad por el art. 633 LC. De los requisitos mínimos exigidos por este precepto conviene destacar los siguientes:

- A. La identificación de los *acreedores afectados* (ordinal 5.^o) y los *no afectados* (ordinal 8.^o), ya sea de forma individual o agrupados por clases. Se pone aquí de manifiesto la libertad de configuración del perímetro del plan a la que antes aludíamos. Lo lógico será que el plan identifique los acreedores agrupados por clases, dada la especial relevancia que la formación de las clases tiene para la aprobación del plan.

⁴ En este sentido, existían pronunciamientos judiciales que entendían que los créditos contingentes se incluían en la definición de pasivo financiero (SJM n.º 2 de Bilbao de 23 de julio de 2015 (Eroski); SJM n.º 3 de Barcelona de 29 de julio de 2014 (Petromiralles); SJM n.º 2 de Madrid de 14 de enero de 2019 (Isolux)) y otros que entendían que los créditos contingentes no debían incluirse en la definición de pasivo financiero (SSJM n.º 2 de Sevilla de 24 de octubre de 2016 y 25 de septiembre de 2017 (Abengoa I y Abengoa II)).

⁵ Más difícil de entender es la referencia a la identificación de los socios no afectados que contiene el ordinal 8.^o ya que, a diferencia de lo que ocurre con los acreedores, no parece probable (ni fácilmente justificable) que algunas de las medidas previstas en el plan puedan afectar a unos socios sí y a otros no.

- B. Los *contratos con obligaciones recíprocas* pendientes de cumplimiento que vayan a quedar *resueltos* en virtud del plan (ver apartado 2.8).
- C. Las medidas de *reestructuración operativa* propuestas. La ley ofrece de nuevo amplia libertad a las partes para establecer cuáles son esas medidas, que previsiblemente incluirán desinversiones de activos, cierre o desinversión de líneas de negocio poco rentables e, incluso, pueden llegar a incluir la venta de la totalidad de la empresa como empresa en funcionamiento, tal y como hemos comentado más arriba⁶.
- D. Las medidas de *reestructuración financiera* de la deuda, incluyendo la financiación interina y la nueva financiación prevista. De nuevo la ley deja aquí amplia libertad a las partes para diseñar las medidas, aunque ofrece un catálogo —a título enunciativo— en el apartado 1 del art. 616 LC, que es similar al que establecía la ley antes de la reforma (ver antiguos artículos 623 y 626), pero incorpora tres novedades interesantes que merece la pena destacar: (i) la modificación o extinción de garantías personales o reales; (ii) el cambio de deudor; y (iii) la modificación de la ley aplicable al crédito. Si bien la modificación o extinción de garantías es algo que los jueces ya habían aceptado en algunos procedimientos de homologación de acuerdos de refinanciación, la posibilidad de imponer un cambio de deudor o de la ley aplicable son medidas novedosas a las que ya hemos hecho alusión en el apartado 2.4, y que dan una idea de la amplitud que el legislador ha querido dar a esta reforma.
- E. La exposición de las razones por las que el plan ofrece una *perspectiva razonable* de garantizar la *viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo* y evitar el concurso. Este requisito encaja perfectamente en la lógica de los institutos concursales, que no es otra que ayudar al deudor a superar sus dificultades financieras evitando el concurso (ver artículo 4.1 de la Directiva de Reestructuraciones y el importante considerando 2, que nos da el contexto adecuado, y la exposición de motivos de la LC). Una cuestión debatida antes de la reforma es qué debe entenderse por la viabilidad “a corto y medio plazo”. La ley no lo definía antes y se podría haber aprovechado la reforma para hacerlo, máxime teniendo en cuenta que la Directiva de Reestructuraciones no prevé referencia temporal alguna cuando se refiere a la viabilidad (el art. 8.1 h), sino que simplemente exige que el plan debe ofrecer “una perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor y de garantizar la viabilidad de la empresa”). El Plan General Contable equipara corto plazo a doce meses, pero no ofrece una definición de medio plazo. Algunos autores⁷ sitúan el medio plazo en tres años, que puede ser a nuestro juicio una referencia válida, pues un plazo inferior no parecería muy lógico teniendo en cuenta que la empresa debe ser viable tras el acuerdo. Por otro lado, está la cuestión de si esa viabilidad de la empresa y continuidad de la actividad debe quedar asegurada o, por el contrario, si este requisito debe entenderse como no cumplido, con las consecuencias que ello acarrea, si la empresa resulta no ser viable o debe discon-

⁶ El artículo 2, apartado 1.1) de la Directiva enuncia esta medida y deja a discreción de cada Estado miembro la opción de incorporarla o no a la legislación nacional, habiendo optado el legislador español por incorporarla (*vid.* art. 614 LC).

⁷ Véase PIÑEL LÓPEZ, E. (2009). Requisito de las refinanciaciones para su protección frente a acciones rescisorias concursales. *Revista de Derecho Concursal*, 11.

tinuar su actividad en un plazo inferior al medio plazo. Tras la reforma, esta cuestión ha quedado aclarada al establecer la ley, siguiendo la Directiva (art. 8.1 h), que basta con que el plan establezca una “perspectiva razonable” de garantizar la viabilidad, lo cual es lógico porque el cumplimiento de un plan de estas características depende, en buena medida, de factores futuros e inciertos en el momento en el que se confecciona y aprueba, tales como la actividad y facturación futura de la empresa —ya de por sí inciertas— o la realización de desinversiones. Nos parecen muy ilustrativos a este respecto los razonamientos del auto de 25 de septiembre de 2017 del J. M. de Sevilla número 2, que por ello reproducimos a continuación (Abengoa II): *“Siguiendo con el planteamiento inicial y despejada la primera incógnita, la siguiente cuestión a tratar es el grado de certidumbre que debe existir respecto de la continuidad de la actividad empresarial, para lo cual hemos de hacer una aproximación a los conceptos de posibilidad y probabilidad, bastando con señalar que la posibilidad hace referencia a la potencialidad frente a la actualidad, es decir, a la capacidad de algo para llegar a ser o a producirse, mientras que la probabilidad alude a la razonabilidad de que algo suceda y, por tanto, a diferencia de la posibilidad, admite graduación. De forma que algo será posible o imposible y, en el primer caso, más o menos probable.*

- F. *Sobre estas premisas, parece lógico entender que no basta con que sea posible la continuidad de la actividad empresarial, sino que lo relevante será que la probabilidad de que ello suceda sea mayor que la de que no suceda.[...] En conclusión, el análisis ha de limitarse a valorar si es razonable pensar que, si el deudor actúa tal y como prevé el plan de viabilidad, la probabilidad de que pueda continuar su actividad empresarial supera a la probabilidad de que no pueda hacerlo, por lo que será desproporcionado exigirle un sacrificio si es más probable que, a pesar del mismo, no se produzca tal continuidad”⁸.*

Por último, la propuesta del plan de reestructuración deberá ser comunicada a todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados. La comunicación deberá ser (i) individual, por vía postal o electrónica o, si no fuera posible por desconocerse su identidad o dirección; (ii) mediante anuncio en la página web de la sociedad; o, si no fuera posible por estos medios, (iii) mediante la publicación de un edicto en el Registro Público Concursal (“RPC”). Existen reglas especiales aplicables a créditos públicos y pactos de sindicación: en el caso de los acreedores públicos, la comunicación deberá realizarse a través de la sede electrónica de la entidad correspondiente y, en el caso de los pactos de sindicación, se deberá atender a las reglas contractuales sobre la comunicación del deudor con los acreedores, en su caso. Creemos que esta última previsión va a tener gran utilidad práctica, puesto que la experiencia pasada demuestra que realizar comunicaciones individuales a los acreedores no siempre resulta del todo sencillo y puede restar agilidad al proceso. Aprovecharse de pactos contenidos en los contratos de financiación sindicados que establezcan reglas de comunicación más ágiles e inmediatas puede ayudar a simplificar este trámite, al igual que poder sustituir la comunicación individual por los anuncios y publicaciones antes referidos en los casos en los que los acreedores o sus direcciones sean desconocidos.

⁸ En este mismo sentido, la sentencia del J. M. de Bilbao número 1, de 23 de julio de 2015 (n.º 195/2015), indica que el elemento de incertidumbre inherente a todo plan de viabilidad no lo invalida (Eroski).

2.6. Formalización en instrumento público

La ley exige que el plan de reestructuración quede formalizado en instrumento público por quienes lo hubieran suscrito. Se trata de un requisito lógico, ya exigido por la norma antes de la reforma, puesto que el notario, aparte de verificar la capacidad de los firmantes y la legalidad⁹ del plan aprobado, dará fe de la fecha en que se formaliza, lo cual tiene gran importancia, pues determina la fecha de cómputo de los créditos (art. 617 LC) para la formación de las mayorías.

Con anterioridad a la reforma, la formalización de los acuerdos de refinanciación en instrumento público era considerado un requisito más del acuerdo, junto con los otros requisitos sustantivos (*vid.* antiguo art. 598). Actualmente la formalización, aunque aparece descrita en términos imperativos (“El plan de reestructuración *deberá* ser formalizado...”)⁹ parece más un requisito *ad probationem* que un requisito sustantivo o *ad solemnitatem*, cuya ausencia pueda afectar la validez del plan. Sin perjuicio de esto, los planes de reestructuración, por su propia naturaleza, incluirán acuerdos que deben poder oponerse a terceros (ver art. 1218 CCiv), con frecuencia implicarán la modificación de documentos públicos preexistentes (a cuyos efectos debe tenerse en cuenta lo establecido en el art. 1230 CCiv) y, por último, probablemente incluirán la constitución o modificación de derechos reales como la hipoteca o la prenda, que, ya de por sí, requerirían la formalización en documento público. Todo ello, unido a que el documento público es título ejecutivo, implica que los planes de reestructuración —y los contratos y acuerdos que del mismo derivan— con toda probabilidad serían formalizados en instrumento público, aun cuando la ley no lo requiriese.

Que el plan —y, aunque la ley no los mencione, los contratos y acuerdos que de él derivarán— deba ser formalizado en instrumento público “*por quienes lo hayan suscrito*” se incardina en la lógica de que los planes pueden no ser suscritos por todos los acreedores ni por los socios. En los planes que resulten homologados con extensión de efectos a los acreedores no firmantes o disidentes, o a los socios, lógicamente estos no tienen que adherirse al plan o suscribir el acuerdo *a posteriori* (tampoco lo harían), ya que es el propio auto de homologación el que declara que quedan vinculados por el contenido del plan (ver art. 649 LC).

Para concluir este apartado, un apunte final que hace referencia a lo que denominamos “problema circular”: la ley exige que se incorporen como anexo al instrumento público cuantos documentos justifiquen la concurrencia a la fecha de aprobación del plan de los requisitos exigidos por la ley, entre otros el informe del experto o, en su caso, la certificación del auditor sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para aprobar el plan; y, a su vez, para que el experto emita su informe o el auditor su certificación, el plan debe haber sido aprobado y los contratos y acuerdos que de él derivan deben haber sido ya firmados. ¿Qué es primero, la suscripción y formalización del plan y de dichos contratos y acuerdos, o la emisión de los documentos (informe del experto o certificación del auditor) que se les deben unir, y que a su vez requieren de la aprobación del plan? Este aparente “problema circular” —que ya existía antes de la reforma en relación con la firma de los acuerdos de refinanciación y la emisión del informe por el experto independiente o el auditor— se ha venido resolviendo en la práctica con la inserción en el instrumento público de formalización

⁹ Sin que ese control de legalidad se extienda a verificar la concurrencia o no de los requisitos previstos en la ley, ya que no estamos ante un sistema de “homologación notarial”, como acertadamente señala PULGAR, Juana (dir.) (2020). *Comentario a la ley concursal. Texto refundido de la ley concursal*. Madrid: Wolters Kluwer, 2.ª edición, p. 162.

del acuerdo de una condición suspensiva consistente en la entrega del informe favorable por parte del experto independiente, lo cual permite al experto emitir y entregar su informe favorable, puesto que, con la simple entrega del informe al notario, se daba por cumplida la condición y el acuerdo desplegaba todos sus efectos.

2.7. Principio general de vigencia de los contratos

Con anterioridad a la reforma, la ley establecía un principio general de vigencia de los contratos en caso de concurso, al establecer que la declaración de concurso no era causa de resolución del contrato y que se tenían por no puestas las cláusulas que establecieran la facultad de resolución o la extinción del contrato por esa sola causa. Este principio se mantiene tras la reforma (*vid.* art. 156 LC), pero se extiende a dos supuestos en los que antes no estaba previsto: la comunicación de apertura de negociaciones (art. 597 LC) y, en lo que aquí interesa, la homologación de un plan (art. 618 LC), que por sí sola no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Así, se tendrán por no puestas las cláusulas contractuales que establezcan la facultad de la otra parte de suspender o de modificar las obligaciones o los efectos del contrato, así como la facultad de resolución o la de extinción del contrato por el mero motivo de la presentación de la solicitud de homologación o su admisión a trámite, la homologación judicial del plan o cualquier otra circunstancia análoga¹⁰. Los contratos necesarios para la continuidad de la actividad del deudor no podrán suspenderse, modificarse, resolverse o terminarse anticipadamente por el mero hecho de que el plan conlleve un cambio de control del deudor.

Aparte de la novedad que supone la extensión de este principio a los dos supuestos comentados, y que es otra muestra de la importancia que la ley da a los institutos concursales como forma de solución preventiva de las crisis empresariales, conviene destacar algunos aspectos de la regulación prevista en el art. 618 LC. En primer lugar, este importante efecto viene aparejado no a la aprobación del plan en sí mismo, sino a su homologación, lo que es coherente con la mayor relevancia que adquiere la homologación tras la reforma, tal y como hemos apuntado en el apartado 2.3. En segundo lugar, el principio de vigencia de los contratos se extiende a la suspensión o modificación de los contratos, no solo a su resolución o vencimiento anticipado; es decir, que la homologación de un plan (al igual que la comunicación de la apertura de negociaciones para alcanzar un plan) no puede dar lugar por sí misma a una modificación de los términos y condiciones —entiéndase, para hacerlos más onerosos para el deudor— o a la suspensión de un contrato. Por último, el principio general de vigencia se activa con la mera presentación de la apertura de negociaciones o de la solicitud de homologación, pero en ambos casos se añade "*o por cualquier otra circunstancia análoga o directamente relacionada con las anteriores*". Esta expresión es muy amplia y queda totalmente abierta, por lo que habrá que prestar atención a la interpretación que hagan de ella nuestros jueces y tribunales.

¹⁰ Como excepción, el principio general de vigencia de los contratos no se aplica a los acuerdos de compensación contractual sujetos al Real Decreto-ley 5/2005.

2.8. Resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en interés de la reestructuración

La Ley 16/2022 pone en manos del deudor otra poderosa herramienta. Durante la negociación de un plan podrá solicitar a la otra parte contratante la modificación o resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento cuando la modificación o resolución resulte necesaria para el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso. Si las partes no llegasen a un acuerdo sobre los términos de la modificación o las consecuencias de la resolución, el plan podrá prever la resolución de esos contratos. Además, el crédito indemnizatorio derivado de la resolución también podrá quedar afectado por el plan¹¹.

2.9. Clases

Los acreedores titulares de créditos afectados por el plan votarán agrupados por clases de créditos. La formación de clases debe atender a la existencia de un *interés común a los integrantes de cada clase determinado conforme a criterios objetivos*. Se considera que existe interés común entre los créditos de *igual rango determinado por el orden de pago en el concurso*. Pero, a su vez, los créditos de un mismo rango concursal podrán separarse en distintas clases cuando haya razones suficientes que lo justifiquen, como la naturaleza financiera o no del crédito, el conflicto de intereses que puedan tener los acreedores que formen parte de distintas clases o cómo los créditos vayan a quedar afectados por el plan. A estos efectos, la ley establece una definición de crédito financiero más detallada que la prevista antes de la reforma¹² y con alguna novedad interesante, al incluir en la definición (i) los créditos que sean titularidad de entidades aseguradoras respecto a seguros de crédito o caución, (ii) los derivados de operaciones comerciales cuando hayan sido cedidos a una entidad financiera y (iii) los derivados de contratos de *naturaleza análoga* como arrendamiento financiero¹³ o financiación de ventas de bienes con reserva de dominio, aval o contraaval, *factoring* y *confirming*.

En cualquier caso, los créditos con garantía real sobre bienes del deudor constituirán una clase única, salvo que la heterogeneidad de los bienes o derechos gravados justifique su separación en dos o más clases. En este punto recuérdese que, para determinar si el crédito está garantizado con garantía real, se atiende al valor de la garantía determinado conforme a las reglas establecidas en el título V del libro primero LC (que no han variado prácticamente desde el anterior régimen relativo a los acuerdos de refinanciación), de forma que solo la parte cubierta por el valor de la garantía se considera garantizada, recibiendo el exceso el tratamiento de crédito ordinario. Por su

11 La ley prevé un régimen especial para la suspensión o modificación de los contratos con consejeros ejecutivos o personal de alta dirección.

12 El antiguo art. 606.2 establecía que se consideran créditos financieros *"los procedentes de cualquier endeudamiento financiero por parte del deudor, con independencia de que los titulares de esos créditos estén o no sometidos a supervisión financiera. En ningún caso tendrán la consideración de créditos financieros los créditos de derecho público, los créditos laborales y los acreedores por operaciones comerciales, aunque cualquiera de ellos tuviera aplazada la exigibilidad de su crédito"*.

13 Con anterioridad a la reforma, en sede de los antiguos acuerdos de refinanciación, no estaba claro si los acreedores por operaciones de arrendamiento financiero podían contabilizarse como pasivo financiero. En este sentido, el apartado 3.3 de la *Guía de Actuaciones para la elaboración de las certificaciones del auditor contempladas en la Ley Concursal (artículo 71 bis y disposición adicional cuarta)* de julio de 2015 elaborado por el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España señalaba que *"los acreedores por operaciones de arrendamiento financieros y el resto de acreedores a pesar de no haber sido excluidos de forma expresa del alcance de la Disposición Adicional Cuarta no se califican como pasivos financieros ya que no han entregado al deudor efectivo/dinero sino un activo no monetario"*.

parte, los créditos de derecho público constituirán una clase separada entre las clases de su mismo rango concursal.

Para dar seguridad jurídica a las partes, tanto el deudor como los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que vaya a quedar afectado por el plan estarán legitimados para solicitar la *confirmación judicial de la correcta formación de las clases* con carácter previo a la solicitud de homologación del plan. De existir suficiente tiempo para ello, esta confirmación *ex ante* puede ser aconsejable, dada la complejidad de la formación de clases y el potencial alcance de las impugnaciones de un plan si las clases que las partes deciden formar son incorrectas. Naturalmente, una vez que el tribunal confirme la formación de la clase, la formación de clases no podrá invocarse como motivo de impugnación a la homologación.

Esta es, sin duda, la principal novedad introducida por el nuevo régimen de planes de reestructuración, y su importancia radica en que, según cómo se conformen las clases, el plan de reestructuración puede quedar aprobado con la aceptación de un número relativamente bajo de acreedores, en aplicación de los mecanismos de arrastre a los que nos referimos en el apartado 2.11.

2.10. Aprobación del plan. Mayorías aplicables

El plan de reestructuración se considerará aprobado por una clase de créditos afectados si hubiera votado a favor *más de los dos tercios* del importe del pasivo correspondiente a esa clase. En el supuesto de que la clase estuviera formada por créditos con garantía real, se requiere que voten a favor *tres cuartos* del importe correspondiente a esa clase. Existen reglas especiales aplicables a los pactos de sindicación: en estos casos, se respetarán las normas sobre el procedimiento y el ejercicio del derecho de voto previstas contractualmente y se aplicarán las mayorías aplicables de forma general, salvo que el propio pacto de sindicación prevea una mayoría inferior. Si vota a favor la mayoría necesaria, se entenderá aprobado por la totalidad de los créditos sindicados. Por el contrario, si no se obtiene la mayoría necesaria se computarán los votos individualmente, salvo que los créditos sindicados formen una única clase, en cuyo caso se considerará que esa clase no ha aprobado el plan de reestructuración.

Como hemos indicado en el apartado 2.4, una cuestión muy debatida antes de la reforma es qué debía entenderse por "pasivo" a efectos del cómputo de mayorías, en especial en relación con los créditos contingentes, los futuros o los sujetos a condición suspensiva, por ejemplo fiadores o avalistas del deudor mientras la fianza o aval no han sido aún ejecutados; o entidades que han concedido crédito al deudor hasta un determinado límite (por ejemplo 1000) del que el deudor ha dispuesto solo en parte en el momento de alcanzar el acuerdo (por ejemplo 600), por lo que se refiere a la parte del crédito no dispuesto pero disponible en ese momento (en nuestro ejemplo, 400). El nacimiento del derecho de crédito del fiador o avalista frente al deudor se producirá de forma automática en cuanto se ejecute la fianza o el aval, de igual forma que el derecho de crédito de la entidad se elevará de 600 a 1000 en el momento en que el deudor (acreditado) decida, de forma unilateral, disponer de los 400 restantes. En estos casos, en los que ya existe un compromiso firme frente al deudor por parte del fiador, avalista o entidad de crédito, entendía-

mos¹⁴ que para el cómputo del pasivo se debería tener en cuenta las fianzas y avales concedidas aunque no estuvieran ejecutadas, así como el importe máximo disponible (en nuestro ejemplo, 1000) y no el dispuesto (600) en el momento de alcanzar el acuerdo, pero no es ese el criterio que siempre se había seguido¹⁵.

Todas estas dudas han quedado resueltas tras la reforma, ya que la ley 16/2022, siguiendo la recomendación de la Directiva de Reestructuraciones (ver considerando 46), ha abordado estas cuestiones en el actual artículo 617 LC, como vemos a continuación.

En primer lugar, las reglas establecidas en el apartado 1 (el derecho de crédito se computa por el principal más los recargos e intereses *vencidos* a la fecha de formalización del plan) y el apartado 2 (en los contratos de crédito solo se computará la parte del crédito *dispuesta* —no, por tanto, la disponible— en el momento de formalización del plan) obedecen a la lógica de cerrar una foto de la deuda existente (no la posible) en el momento de formalización del plan. Esta solución, por otro lado, coincidía ya con la posición adoptada por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), en la consulta 1 BOICAC N.º 102 / 2015, cuando señala *“En consecuencia, este Instituto opina que para cuantificar el «pasivo» regulado en el artículo 71.bis.1.b)1º de la Ley Concursal, el pasivo que luciría en el balance de una empresa, en la fecha del acuerdo de refinanciación, puede constituir un primer punto de partida sobre el que tal vez sería preciso realizar ajustes para excluir conceptos como los pasivos por impuestos diferidos, las provisiones y los ajustes por periodificación en la medida que no puedan calificarse como acreedores en sentido estricto, esto es, titulares de un derecho de crédito frente a la empresa. Por lo que respecta a la valoración del pasivo se informa que de acuerdo con el literal de la ley parece inferirse que la cuantificación del mencionado porcentaje debe realizarse en función del importe a que ascienda la deuda en la fecha del acuerdo (en concepto de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada), para cuya determinación habrá que estar a los términos de cada contrato, pudiendo emplearse como aproximación el valor contable o en los libros del pasivo en el caso de deudas valoradas al coste amortizado. En definitiva, cuando el legislador emplea el término «pasivo» en estos artículos (y en el que es objeto de la presente interpretación: artículo 71.bis.1) se está refiriendo a una cuantificación de los créditos, o por decirlo de otra forma, a una ponderación de cada acreedor, para darles un peso proporcional al valor de sus créditos a la hora de la toma de decisiones o el cumplimiento de ciertos requisitos. Por ello, y como conclusión, en el artículo 71.bis.1.b)1º de la Ley Concursal el término pasivo se refería a la suma del importe adeudado a todos los acreedores, titulares de un derecho de crédito o exigible de otro modo, y no a la cifra de pasivo del modelo de balance. Esta interpretación se soporta en la propia literalidad del precepto, en el que se alude a los acreedores y sus créditos, analizado en el contexto y finalidad de la citada regulación.”*. Y, en el mismo sentido, la *Guía de actuación 41 para la elaboración de las certificaciones del auditor contempladas en la ley concursal (artículo 71 bis y disposición adicional cuarta)*, publicada por el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España en julio de 2015,

14 GELI FERNÁNDEZ-PEÑAFLO, Eduardo (2021). Artículo 598. Requisitos de los acuerdos colectivos de refinanciación. En VEIGA COPO, Abel Benito (dir.); MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel (coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, (1.ª ed.), pp. 1178-1187.

15 En relación con las cuestiones comentadas en este apartado cabe señalar que la propia *Guía de actuación 41 para la elaboración de las certificaciones del auditor contempladas en la ley concursal (artículo 71 bis y disposición adicional cuarta)*, publicada por el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España en julio de 2015, abrió la puerta a otras posibles interpretaciones y conclusiones *“que los asesores legales de la entidad [el deudor] y las entidades financieras que suscriben el acuerdo hayan alcanzado al respecto siempre que las mismas se hayan alcanzado por escrito [...] y se hayan incorporado a la documentación justificativa del cumplimiento de mayorías”*.

cuando establece que *“En conclusión el término «pasivo» al que hace referencia el artículo 71 bis de la Ley Concursal se referiría, de acuerdo con lo indicado anteriormente, a la suma del importe adeudado a todos los acreedores titulares de un derecho de crédito o exigible de otro modo, y no a la cifra de pasivo contable del balance de la Sociedad en toda la extensión que el marco normativo de información financiera aplicable a la entidad prevea, si bien la determinación del mismo debería realizarse a partir de la composición del balance de situación o de sumas y saldos de la sociedad a la fecha de referencia”*.

En segundo lugar, el apartado 4 contiene las reglas aplicables a los créditos contingentes, litigiosos o sometidos a condición suspensiva. Estos se computarán por su importe máximo, aunque añade *“salvo que en el plan de reestructuración se hubieran incluido por una cantidad inferior”*, pero se hace difícil pensar en qué supuestos se reflejarán los créditos por un importe inferior al máximo, salvo quizás los litigiosos.

Por último, dos precisiones importantes: (i) el cómputo de las mayorías se realiza en la fecha de formalización del plan de reestructuración, es decir, el cálculo debe ser hecho conforme a la situación del pasivo justo en el momento de formalizar el plan, pero no después, por tanto, sin tener en cuenta los cambios en la composición del pasivo que deriven precisamente del plan (por ejemplo, un aumento del pasivo debido a una ampliación del crédito o una reducción debido a quitas); (ii) previsiblemente la aprobación del acuerdo por parte de los acreedores tendrá lugar mediante votaciones sucesivas en el tiempo, durante varios días incluso, lo cual plantea la cuestión de cuál es la fecha en la que se entiende formalizado el acuerdo en estos casos. Lo lógico —y lo recomendable además— es que esa fecha sea la fecha de aprobación inicial del plan por parte del deudor y alguno de los acreedores, para lo cual basta con preverlo así de forma expresa en el propio plan y en los contratos y acuerdos que de él se deriven.

2.11. El arrastre: arrastre horizontal y arrastre vertical

Si se consigue el voto favorable de la mayoría correspondiente a una clase, se considerará que el plan ha sido apoyado por toda la clase de acreedores. Si el tribunal competente termina aprobando el plan, este se aplicará a todos los créditos de la clase, incluyendo los créditos de los acreedores disidentes. Este arrastre del acreedor disidente de una clase cuando se ha obtenido el voto favorable de la mayoría correspondiente a tal clase recibe el nombre de *arrastre horizontal o intraclase*.

No obstante, y esto es lo más relevante, no es necesario que todas las clases de acreedores con derecho a voto acepten un plan para que este sea adoptado, lo que sin duda supone una de las herramientas más poderosas de la nueva LC. En efecto, si el plan cumple con todos los requisitos para su homologación, salvo el de alcanzar la mayoría en todas las clases de acreedores, el tribunal puede aprobarlo para que sea vinculante, además de para los acreedores disidentes de las clases en las que se ha alcanzado la mayoría como hemos visto antes (*cram-down horizontal o intraclase*), para los acreedores de las clases en las que no se ha alcanzado la mayoría, lo que recibe el nombre de *cross-class cram-down o arrastre vertical o interclases*. Para ello, el plan debe cumplir uno de los dos requisitos siguientes:

- i. debe ser apoyado por la mayoría simple de las clases, siempre que al menos una de ellas esté compuesta por créditos que se beneficiarían de un privilegio general o especial si el deudor fuera declarado insolvente; o, en su defecto,
- ii. debe estar respaldado por al menos una de las clases que está *in the money* (es decir, por una clase que, de acuerdo con la clasificación de créditos prevista en la LC, pueda razonablemente presumirse que hubiese recibido algún pago tras una valoración del deudor como empresa en funcionamiento). En este caso, la valoración del deudor como empresa en funcionamiento debe estar respaldada por un informe emitido por el experto en la reestructuración y presentado al tribunal junto con la solicitud de homologación (ver apartado 3.1).

En consecuencia, será clave para la aprobación del plan cómo se conforman las clases, ya que como hemos visto podría bastar con la aprobación de una sola clase de acreedores (por ejemplo, los acreedores con garantía real, que ya de por sí deben conformar una clase separada) para que el plan quede aprobado. Sin duda, la Ley 16/2022 confiere a los acreedores un mayor poder a la hora de diseñar, negociar y aprobar un plan de reestructuración del que tenían en el anterior régimen de acuerdos de refinanciación, máxime si tenemos en cuenta que el plan también será vinculante para los socios (ver apartado siguiente) y que la ley facilita el acceso de los acreedores al capital del deudor al establecer que (i) los contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor (que incluirán, por definición, los contratos clave) no pueden ser modificados, suspendidos, resueltos o terminados anticipadamente como consecuencia de un cambio de control derivado de la aprobación de un plan de reestructuración, y (ii) a los efectos de la conversión de créditos en capital, se entiende que los créditos a compensar son líquidos, vencidos y exigibles.

2.12. El plan también será vinculante para los socios

Una de las mayores innovaciones de la reforma operada por la Ley 16/2022 es que, si el deudor es una sociedad mercantil y el plan contiene medidas que requieren el acuerdo de la junta de socios (p. ej., reducir el capital a cero para compensar pérdidas y aumentarlo simultáneamente para realizar una compensación de créditos, o llevar a cabo modificaciones estructurales o transformaciones de sociedades), el plan se podrá homologar, aunque no haya sido aprobado por los socios, si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente (pero no en probabilidad de insolvencia).

La Ley 16/2022 aclara que se aplicará la normativa mercantil para llevar a cabo este tipo de operaciones, pero flexibiliza los requisitos societarios y contiene ciertas reglas especiales destinadas a facilitar la adopción de los acuerdos sociales correspondientes. Así, por ejemplo, se acortan los plazos de convocatoria de la junta; se rebajan los requisitos de *quorum* y mayorías aplicándose siempre los ordinarios (con independencia de los requisitos estatutarios o mayorías reforzadas previstas en la ley); se establece que, en caso de que el plan prevea una modificación estructural, los acreedores afectados no tendrán derecho de oposición; o que cuando se solicite la homologación de un plan y el deudor se encuentre en estado de insolvencia actual o inminente, los socios

no tendrán derecho de preferencia en la suscripción de las nuevas acciones o participaciones (regla que resulta aplicable incluso en operaciones acordeón).

Pero, además, según nos referiremos en el apartado 4.5, para asegurar la efectividad del sistema, la Ley 16/2022 establece que cuando el plan contuviera medidas que requirieran acuerdo de junta de socios y esta no las hubiera acordado, los administradores de la sociedad y, si no lo hicieren, quien designe el juez a propuesta de cualquier acreedor legitimado, tendrán las facultades precisas para llevar a cabo los actos necesarios para su ejecución, así como para las modificaciones estatutarias que sean precisas. En estos casos, el auto de homologación será título suficiente para la inscripción en el Registro Mercantil de las modificaciones estatutarias contenidas en el plan.

Estas medidas suponen una auténtica revolución del régimen hasta ahora vigente, que, a pesar de contener un sistema de incentivos y desincentivos tendentes a favorecer la cooperación de los socios en la adopción de acuerdos de refinanciación de deudores en situación de necesidad, no permitía, en ningún caso, imponerles los efectos de dichos acuerdos en contra de su voluntad, salvo en el seno de un concurso de acreedores. Por su enorme trascendencia, esta revista contiene un capítulo dedicado exclusivamente a esta materia, al que nos remitimos.

3. El experto en la reestructuración

Otra importante novedad introducida por la Ley 16/2022 es la figura del experto en la reestructuración, cuya figura examinamos brevemente a continuación.

3.1. Funciones y atribuciones del experto

El papel que desempeña el experto en la reestructuración va mucho más allá que el que desempeñaba el “experto independiente” antes de la reforma, que esencialmente se limitaba a valorar el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad (plan que ahora no existe como tal documento separado, y que probablemente se subsume en el ordinal 9.º del art. 633 LC), la proporcionalidad de las garantías constituidas de conformidad con el acuerdo de refinanciación, la determinación del valor razonable de las garantías reales que recaían sobre bienes distintos a inmuebles o valores cotizados, y algunas otras menciones especiales. El actual experto asiste al deudor y a los acreedores en la elaboración del plan y en las negociaciones, que —tal y como sucedía con los acuerdos de refinanciación— previsiblemente serán complejas y largas, ya que son varias las partes que intervienen —como mínimo tres: el deudor, sus accionistas y los acreedores—, cada una con sus legítimos intereses, que habrá que alinear para que el plan de reestructuración salga adelante. Además, dentro del grupo de acreedores los hay que, por diversas razones, no necesariamente se verán tan compelidos a aprobar el plan; pero, incluso entre los que sí están motivados para hacerlo, las posiciones de unos y otros pueden no coincidir (por ejemplo, por el mayor peso que tengan en financiación estructural o en financiación de circulante, o por gozar de mayor o menor cobertura de sus posiciones mediante garantías reales sólidas), lo cual hace que las concesiones que estén dispuestos a realizar en forma de quitas, aplazamientos o incluso concesión de financiación nueva varíe de forma sustancial. Previsiblemente, la mayor dificultad se

trasladará ahora a la negociación entre acreedores para la formación de las clases, ya que de ella dependerá, en buena medida, la aprobación del plan, como hemos podido ver en los epígrafes 2.10 y 2.11. Es probable que el experto pase a jugar un papel relevante en estas negociaciones, siempre que actúe con la independencia e imparcialidad que le impone el art. 680 LC.

Además de asistir en las negociaciones, el experto preparará diversos informes que exige la ley: (i) un informe sobre la suficiencia de las mayorías necesarias para aprobar el plan y (ii), en el supuesto de arrastre vertical o interclase, un informe sobre el valor de la deudora como empresa en funcionamiento, a los efectos de determinar si la clase que apoya el plan y arrastra a las demás está *in the money* (ver art. 639.2.º LC). También se prevé que la solicitud de prórroga de los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores y la solicitud de prohibición de iniciación o suspensión de ejecuciones —judiciales o extrajudiciales— para asegurar el buen fin de las negociaciones deberán acompañarse de un informe favorable del experto en reestructuraciones cuando haya sido designado. Asimismo, el juez puede solicitar cualquier informe adicional que considere aconsejable o necesario. Así, por ejemplo, aunque no esté legalmente previsto, no es descartable que el juez solicite al experto la emisión de un informe en el que se valore si las clases han sido correctamente formadas a la vista de la complejidad de esta materia y la posibilidad de impugnación del plan por esta causa. Sin embargo, la ley (art. 273 LC) ha mantenido la referencia a la necesidad de obtener un informe emitido por “experto independiente” para establecer el valor razonable atribuido a activos (distintos de inmuebles o valores cotizados) a los efectos de determinar el límite del privilegio especial atribuible a créditos con garantía real. Esto es relevante, como hemos visto en el apartado 2.10, para el cómputo de los créditos con garantía real a los efectos del voto de un plan de reestructuración, por lo que cabe preguntarse si no habría sido más lógico incluir este informe entre las funciones atribuibles al experto en la reestructuración¹⁶.

Otra de las importantes atribuciones que la ley confiere al experto es la prevista en el art. 637 LC: si se estuviera negociado un plan de reestructuración sin comunicación previa, y el deudor hubiese instado concurso voluntario, el experto puede solicitar del juez la suspensión de la solicitud de concurso, siempre que con dicha solicitud se acredite la presentación de un plan de reestructuración por parte de los acreedores que tenga “*probabilidad de ser aprobado*”. Recordemos que los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo afectado pueden solicitar también esa suspensión del concurso y, de hecho, lo lógico y lo natural será que la solicitud de suspensión del concurso sea presentada por los acreedores y no por el experto, cuya función aquí debería ser la de informar al juez acerca de la probabilidad de aprobación del plan que los acreedores deben presentar; pero lo cierto es que la ley confiere también esta facultad al experto probablemente porque el experto podrá actuar con mucha más agilidad que los acreedores para presentar esa solicitud. Asimismo, el experto está llamado a jugar un importante papel también en la comunicación de apertura de negociaciones, ya que si este ha sido nombrado se necesitará su informe para (i) acordar una suspensión generalizada de ejecuciones sobre todos los activos

16 También se mantiene la mención al informe de un “experto independiente” en el artículo 8 del Decreto de opas (Real Decreto 1066/2007 de 27 de julio) que regula los supuestos excluidos de la obligación de lanzar opa cuando se ha alcanzado el control de la sociedad cotizada y que incluye en su apartado d) la adquisición de una sociedad cotizada en dificultades financieras, cuando la adquisición sea realizada con vocación de garantizar la viabilidad de la sociedad a largo plazo. En este supuesto, haciendo referencia a la LC antes de la reforma, se establece que la dispensa de la obligación de lanzar opa por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores no será necesaria si la adquisición se realiza como consecuencia directa de un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente, siempre que el acuerdo hubiera sido informado favorablemente por un experto independiente.

del deudor —no solo de aquellos que sean necesarios para la continuidad de su actividad— y (ii) solicitar una prórroga de los efectos de la comunicación (art. 607 LC) o solicitar el levantamiento de la prórroga (art. 608.1.1.º LC). Todo ello nos da una idea de la importancia que esta figura del experto adquiere tras la reforma.

3.2. Deberes del experto y responsabilidad en su actuación

Para llevar a cabo sus funciones, el experto debe actuar con un alto grado de diligencia (el grado aplicable a un profesional experto) y con independencia e imparcialidad, sin tomar partido por ninguna de las partes. En este sentido, la ley (art. 675 LC) establece que los candidatos están sometidos al mismo régimen de incompatibilidades aplicable a los auditores, y que no deben haber prestado servicios al deudor —o partes especialmente relacionadas con el deudor— relativos a la reestructuración durante los dos años anteriores, con la excepción de haber actuado como experto en una reestructuración previa del mismo deudor o grupo. Dado que la figura del experto en reestructuraciones no existía antes de la reforma, esta previsión debe por lógica referirse al “experto independiente” al que se refería la LC antes de la reforma, excepción que resulta de gran utilidad, ya que, aunque las funciones de ambos expertos no sean las mismas, el grado de conocimiento del activo y pasivo del deudor, de su actividad, del grupo societario —en su caso— y del sector en el que desarrolla su actividad el deudor, sin duda, le situarán en una mejor posición que otros candidatos para actuar como experto en la reestructuración posterior del mismo deudor o grupo.

En cuanto a la independencia del experto, lo que pretende el legislador es que se designe a alguien que no haya tenido contacto, directo o indirecto, con las partes (deudor y acreedores), de forma que el experto se enfrente al plan de reestructuración sin ningún prejuicio (positivo o negativo) y sin la presión derivada de tener una relación profesional o laboral, directa o indirecta, con cualquiera de las partes, de forma que pueda ejercer sus funciones con la máxima objetividad e imparcialidad posible. Por tanto, eso inhabilitaría a quien haya actuado como asesor del deudor y/o de los acreedores en relación con la reestructuración en los dos años anteriores, así como al auditor de cualquiera de ellos. Esta característica de la independencia enlaza directamente con el régimen jurídico aplicable al experto, a quien resultan de aplicación las incompatibilidades para ser nombrado auditor de cuentas (arts. 16 a 21 de la ley 22/2015 de 20 de julio, de auditoría de cuentas). La casuística de incompatibilidades y prohibiciones es amplísima y ya fue objeto de crítica por parte de doctrina autorizada¹⁷. Asimismo, la importancia de la independencia del profesional que actúa como experto ya fue puesta de manifiesto por el J. M. de Alicante en su sentencia

17 SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan (2015). Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe del experto, autoría, contenido y responsabilidad. *Revista de Derecho Concursal y Preconcursal*, n.º 22, indica lo siguiente: “En cuanto al régimen legal del experto, la norma remite al art. 28 LC al decir que los expertos quedan sometidos «a las condiciones» que allí se establecen para los administradores concursales. Esta remisión no es satisfactoria por varias razones. La primera y más evidente es la de la muy distinta posición que mantienen, de un lado y en relación con una empresa que pasa por dificultades financieras, los expertos a los que se pueda solicitar una opinión técnica sobre la reestructuración de su deuda y su viabilidad y, de otro, los administradores concursales que intervienen en la gestión de la empresa deudora de cualquiera de las formas previstas legalmente (art. 40 LC). La segunda razón es que la remisión al art. 28 LC se ve completada en el art. 71 bis 4 LC con otra a la legislación de auditoría de cuentas. Siendo conocido que lo que establece el art. 28 son distintas causas de incompatibilidad para ser nombrado administrador concursal, resulta que para el nombramiento de experto que debe dictaminar sobre un acuerdo de refinanciación la incompatibilidad vendrá determinada por la aplicación de las normas propias de los auditores. Pudiera pensarse que la remisión del experto a las condiciones previstas para los administradores concursales se justifica porque, al fin y al cabo, serán con frecuencia los auditores de cuentas los que asuman una u otra función. Mas esa coincidencia en el estatuto del elegible no puede llevar a ignorar que entre una y otra posición y nombramiento las diferencias son esenciales y que es al contenido de una y otra actuación a los que se debe prestar atención”.

de 16 de octubre de 2015 (n.º 226/2015), en relación con el “experto independiente” que existía antes de la reforma, en estos términos:

“Y es que en el caso presente no concurre el requisito del artículo 71.6.2º de la LC, ni desde el punto de vista subjetivo, ni desde el punto de vista objetivo:

a) Desde el punto de vista subjetivo: el denominado «Proyecto Terra II» no fue elaborado por un experto independiente designado por el Registrador Mercantil, sino por [...], entidad contratada por las entidades concursadas. En este sentido, es significativo que la legal representante de las entidades concursadas manifestara en el acto de la vista que la refinanciación se encomendó a [...], y que ésta diseñó el acuerdo de refinanciación junto con las entidades financieras; que el legal representante de la entidad mercantil Bankia, S.A. afirmara en el acto de la vista que se contrató a [...] para que diera forma al acuerdo de refinanciación; que el legal representante de la entidad mercantil Bankinter, S.A. manifestó en el acto de la vista que el plan de viabilidad no fue sometido a experto independiente por la delicada situación de las entidades concursadas, por la urgencia de la situación y porque ninguna de las entidades financieras ni de las entidades concursadas pidieron su intervención; y que el testigo don Arsenio, director del área de reestructuración de [...], manifestara en el acto de la vista que no se solicitó la designación de experto independiente y que no hubo este informe por la urgencia del acuerdo de refinanciación y por ser un acuerdo de todas las partes, y que consiguieron que no hubiera informe de experto independiente pese a la insistencia de las entidades financieras. El hecho de que el perito don Casiano manifestara en el acto de la vista que el experto independiente era [...] no deja de ser una afirmación distante de la realidad, pues ni el propio representante de [...] se consideró en el acto de la vista experto independiente ni ésta fue designada por el Registrador Mercantil”.

Dado que los expertos pueden incurrir en responsabilidad frente al deudor o sus acreedores si no actúan con independencia e imparcialidad, o bien infringiendo su deber de diligencia, la ley exige que tengan suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente para cubrir los daños que eventualmente puedan derivarse de su actuación.

3.3. Nombramiento y condiciones del experto

La principal novedad en materia de nombramiento consiste en que, a diferencia de lo que sucedía hasta ahora, en que el experto era designado por el registrador mercantil, tras la reforma será nombrado por el juez de entre los candidatos propuestos por el deudor o por los acreedores. Además, la designación ya no será discrecional, como ocurría hasta ahora¹⁸: si el candidato propuesto reúne las condiciones exigidas por la ley, el juez procederá a su nombramiento, y si entiende que no las reúne, solicitará al proponente (deudor o acreedores) que designe una terna para elegir, de entre ellos, a un candidato siempre que reúna las condiciones exigidas por la ley. Este cambio obedece, entendemos, a la lógica de que sea el juez ante quien se tramitará la homologación el que valore si concurren los requisitos de idoneidad del experto que intervendrá en la reestructuración, pero deberá habilitarse un sistema que permita que la designación se haga de forma rápida y ágil.

¹⁸ “Para la emisión del informe el registrador mercantil designará como experto al profesional que considere idóneo” decía el antiguo art. 600.3 TRLC.

El nombramiento del experto en la reestructuración procede en los siguientes casos:

- i. cuando lo solicite el deudor;
- ii. cuando lo soliciten acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por la reestructuración;
- iii. cuando, solicitada por el deudor la suspensión general de ejecuciones singulares o la prórroga de la suspensión, el juez considerase que el nombramiento es necesario para salvaguardar los intereses de los posibles afectados; y
- iv. cuando los efectos del plan se extiendan (mediante arrastre) a una clase de acreedores o a los socios que no hubieran votado a favor del plan. En este sentido, además del informe sobre el valor de la empresa en funcionamiento previsto en el art. 639.2.º LC, no es descartable que las partes que promueven el plan (o el propio juez) soliciten del experto un informe relativo al “interés superior de los acreedores” (art. 654.7.º LC) o a la ausencia de perjuicio injustificado para una clase de acreedores (art. 655.3 LC) en relación con la regla de “prioridad absoluta” prevista en el art. 655.4.º LC¹⁹.

Por tanto, en realidad existen dos supuestos en los que el nombramiento es potestativo (apartados i y ii) y otros dos en los que es obligatorio (apartados iii y iv). Para el caso de que no concurre ninguna de las circunstancias descritas, la ley prevé un supuesto especial de nombramiento, disponible solo para los acreedores (no para el deudor): los que ostenten un treinta y cinco por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan podrán solicitar el nombramiento de un experto determinado, razonando por qué es necesario su nombramiento, y el juez procederá a nombrarlo salvo que el deudor se oponga y justifique por qué no es necesario el nombramiento, o bien que el candidato propuesto no reúna las condiciones necesarias. Sin embargo, los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan pueden solicitar al juez la sustitución del experto nombrado por esa minoría del treinta y cinco por ciento de acreedores o por el deudor, y el juez acordará la sustitución, que solo podrá impugnarse si el experto no reúne las condiciones establecidas en la ley, incurre en causa de incompatibilidad o prohibición o no presenta póliza de seguro o garantía equivalente. Esto significa que, en la práctica, la mayoría de los acreedores tendrán la última palabra en cuanto a la designación del experto. Por tanto, en línea con lo indicado en los epígrafes anteriores, el legislador ha otorgado mucho poder a los acreedores también en el ámbito del nombramiento del experto.

Dos apuntes para finalizar con el nombramiento del experto. Por un lado, en el caso de comunicación conjunta de apertura de negociaciones o de planes conjuntos de reestructuración, la ley

19 Este supuesto de nombramiento preceptivo enlaza con un supuesto en que la intervención del “experto independiente” al que se refería la LC antes de la reforma era también obligatoria. Se trataba del supuesto de extensión de efectos de un acuerdo de refinanciación homologado a acreedores no firmantes o disidentes que gozasen de garantía real. En este supuesto, la extensión de efectos podía tener menor o mayor alcance en función de la mayoría de arrastre que se obtuviese sobre el pasivo financiero con privilegio especial por razón del valor de la garantía real, calculado conforme a lo establecido en el título V del libro I de la ley, es decir, esencialmente el art. 273 TRLC. En este sentido, la valoración de la garantía real de bienes distintos a inmuebles o valores mobiliarios cotizados (por ejemplo, prenda de acciones no cotizadas, participaciones, derechos de crédito, saldos en cuenta bancaria) debía hacerse mediante informe de experto independiente. Como hemos indicado en el apartado 3.1, esta remisión al experto independiente se mantiene en el art. 617 LC tras la reforma.

prevé la designación de un solo experto para todos los deudores, lo cual obedece a razones de economía procesal y de ahorro de costes y, sobre todo, porque siendo único el experto, tendrá una visión de conjunto de todo el grupo²⁰. En segundo lugar, la ley establece que si el experto es nombrado a solicitud de los acreedores (una mayoría o una minoría), sus honorarios serán satisfechos por los acreedores, salvo que el plan establezca lo contrario, lo cual implica que, en la práctica, habitualmente será el deudor quien acabe sufragando esos honorarios.

En cuanto a las condiciones del experto, este debe ser una persona física o jurídica con conocimientos especializados en los ámbitos jurídico, financiero y empresarial, así como con experiencia en el ámbito de las reestructuraciones o que acredite reunir los requisitos necesarios para ser administrador concursal. En este sentido, podrán ser administradores concursales las personas naturales que tengan la titulación y superen el examen de aptitud profesional²¹ que establezca el Reglamento de la administración concursal que, de acuerdo con la disposición final decimotercera de la Ley 16/2022, deberá aprobarse mediante Real Decreto en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la reforma y que regulará el acceso a la actividad, el nombramiento de los administradores concursales y su retribución. Este Reglamento también establecerá los requisitos que deberán cumplir las personas jurídicas para ser nombradas administrador concursal, aunque en todo caso sus socios o representantes legales deben cumplir los requisitos aplicables a las personas naturales.

Con buen criterio, la norma añade que si la operación tiene particularidades derivadas de la dimensión o complejidad del activo o del pasivo del deudor o del grupo, del sector en el que desarrolla su actividad o bien por tener un componente internacional, dichas particularidades deben ser tenidas en cuenta para valorar la idoneidad de los candidatos a ser designado experto²². En consecuencia, el profesional o la firma que se designe debe contar con los medios materiales y humanos necesarios para poder llevar a cabo el encargo en un tiempo relativamente corto (hablamos de unas pocas semanas, no meses) en función de la envergadura del deudor o del grupo empresarial al que pertenece el deudor. Además, es conveniente que ese profesional o firma cuente con experiencia en el sector industrial o de actividad en el que el deudor o su grupo se desenvuelven.

20 En esta misma lógica se encuentra también la Directiva 2019 /1023 (ver considerando 15 y artículo 8.1.h).

21 La ley prevé que, excepcionalmente, se podrá excluir de la realización del examen de aptitud profesional a aquellos abogados, economistas, titulados mercantiles y auditores que acrediten la experiencia previa como administrador concursal que se exija reglamentariamente.

22 Esta norma es coherente con lo previsto en sede de administración concursal, ya que se prevé que los concursos se clasifiquen en tres clases por razón de su complejidad y que se ajusten de forma proporcional los requisitos que deban reunir los administradores concursales para poder ser nombrados en cada clase de concurso.

4. La homologación judicial, procedimiento y efectos

4.1. Finalidad

La homologación judicial es la piedra angular sobre la que descansa el nuevo instituto preconcursal de los planes de reestructuración y que permite dotarle de sentido y eficacia plena. En efecto, a diferencia de lo que ocurría en el anterior régimen aplicable a los entonces denominados “acuerdos de refinanciación”, solo a través de este procedimiento pueden alcanzarse los efectos deseados en todo proceso de reestructuración, a saber: (i) la extensión de los efectos del plan de reestructuración a acreedores o clases de acreedores que no hubieran votado a favor del plan según las reglas de arrastre horizontal y vertical explicadas en el apartado 2.11, (ii) en caso de que resulte necesario, la resolución de los contratos en interés de la reestructuración; y (iii) la protección del plan y de la financiación nueva e interina frente a las acciones de rescisión.

En la anterior versión de la Ley Concursal, la validación judicial del acuerdo de refinanciación solo era imprescindible para lograr la vinculación al acuerdo de acreedores titulares de pasivos financieros disidentes. No obstante, con ciertos requisitos, los acuerdos de refinanciación, aun no homologados judicialmente, podían quedar protegidos frente a la rescisión concursal. No es esta la situación actual. El legislador ha unificado el procedimiento y no cabe ahora hacer un plan de reestructuración sin sanción judicial, puesto que, aunque teóricamente posible, no se obtendría ningún beneficio evidente.

Esta exigencia deriva en gran medida directamente del art. 10.1 de la Directiva de Reestructuraciones, que prevé que los planes de reestructuración que afecten a los créditos o los intereses de partes disidentes, que prevean una nueva financiación o que, si la normativa nacional lo permite, impliquen la pérdida de más del 25 % del personal, solo sean vinculantes para las partes si han sido confirmados por una autoridad judicial o administrativa. No obstante, el legislador nacional ha dado un paso más, puesto que exige este requisito también si únicamente se desea blindar el contenido del plan frente a las acciones rescisorias, cuestión sobre la que no se pronuncia, en cambio, la Directiva.

Sujetar la plena eficacia de los planes de reestructuración a la previa confirmación judicial tiene una clara finalidad garantista y de tutela efectiva de los derechos de los acreedores disidentes y demás partes afectadas por el plan. Los planes de reestructuración suponen una extraordinaria excepción al principio de relatividad de los contratos consagrado en el art. 1257 CCiv y, por tanto, al carácter necesariamente consensual que tiene que tener todo contrato. Asimismo, conforme al régimen actual, también suponen una desviación del derecho societario, en cuanto permiten, en caso de insolvencia actual o inminente, prescindir del acuerdo de los socios reunidos en junta para adoptar medidas que, en otras circunstancias, sí hubieran requerido de su consentimiento o que flexibilizan la normativa societaria. Teniendo en cuenta las severas consecuencias que un plan de reestructuración puede tener para acreedores y socios, esta verificación judicial se torna imprescindible para evitar abusos y asegurar que las medidas adoptadas por el plan son proporcionadas al fin perseguido y que, en caso contrario, las partes disidentes tienen acceso a medidas de resarcimiento adecuadas.

No obstante, esta necesidad de control judicial debe conciliarse con otro objetivo igualmente crítico, y *a priori* incompatible, que no es otro que el de agilizar los procesos de reestructuración minimizando al máximo la intervención judicial y acortando al máximo los plazos. Así se pone de manifiesto en el considerando 1 de la Directiva de Reestructuraciones, posteriormente trasladado a nuestro derecho nacional, que al sentar los ejes sobre los que descansan los planes de reestructuración establece la necesidad de, entre otros, mejorar la eficacia de los procedimientos de reestructuración e insolvencias, en particular con el fin de reducir su duración y poder incrementar así las probabilidades de éxito del plan y asegurar la viabilidad del deudor.

Esta difícil conciliación de objetivos se consigue de la siguiente manera. Por un lado, la intervención del juez *ex ante*, para la aprobación de un plan de reestructuración, se reduce a la mínima expresión y se limita prácticamente (pero no del todo) a llevar a cabo un control de la legalidad de los planes de reestructuración, velando por el cumplimiento de los requisitos legales, la adecuada creación de las clases y obtención de las mayorías. Al igual que la regulación anterior, los plazos del procedimiento judicial son muy breves y, como luego se verá, con el objeto de dotar a la decisión judicial de cierto automatismo, el juez no debe entrar sobre el fondo salvo en el caso de que haya impugnaciones.

En cambio, para garantizar una mayor (y mejor) tutela efectiva de los terceros afectados disidentes, las impugnaciones deberán resolverse ahora por la Audiencia Provincial, si bien a través de un procedimiento abreviado. Una de las anomalías del anterior régimen era precisamente que el mismo juez que había aprobado la homologación judicial decidía sobre las impugnaciones. Ahora, a nuestro juicio con acierto, la Directiva de Reestructuraciones exige que las impugnaciones se resuelvan por una instancia superior, lo que creemos debe celebrarse, puesto que a la larga contribuirá a uniformizar el criterio en esta materia. La dilación que puede suponer recurrir ante una instancia superior se sortea por el hecho de que las impugnaciones no tienen, como ya preveía el régimen anterior, efectos suspensivos.

Profundizamos sobre estas cuestiones a continuación.

4.2. Requisitos

Según lo ya visto, el sistema parte de la asunción de que el mejor indicio de la razonabilidad de un plan de reestructuración, incluida su necesidad e idoneidad para asegurar la viabilidad de la empresa deudora, es que una mayoría cualificada de acreedores esté dispuesta a asumir el sacrificio que el plan comporta. Por tanto, en un primer momento, la función del juez debe limitarse a verificar, únicamente sobre la base de la documentación presentada y sin mayores indagaciones, que se cumplen los presupuestos legales. En particular, en el caso de un plan de reestructuración aprobado por todas las clases de acreedores, el juez deberá verificar los extremos siguientes (art. 638 LC):

- i. que el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o actual, y el plan ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo (*vid.* apartados 2.2 y 2.5.e, respectivamente);

- ii. que se cumpla con los requisitos de contenido y de forma exigidos por la ley (*vid.* apartados 2.5 y 2.6);
- iii. que haya sido aprobado por todas las clases de créditos de conformidad con las previsiones legales por el deudor o, en su caso, por los socios (*vid.* apartados 2.9, 2.10 y 2.12);
- iv. que los créditos dentro de la misma clase sean tratados de forma paritaria; y
- v. que haya sido comunicado a todos los acreedores afectados conforme a lo establecido en la ley (*vid.* apartado 2.5 *in fine*).

Asimismo, si el plan previera el arrastre entre clases, deberá igualmente comprobar que se cumplen las mayorías y reglas establecidas específicamente para ello a las que ya nos hemos referido en el apartado 2.11.

4.3. Suspensión de la solicitud de concurso voluntario

En el caso de que se esté negociando un plan de reestructuración, la LC permite al experto en la reestructuración (si hubiera sido designado) o a los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo afectado por el plan solicitar la suspensión de una solicitud de concurso voluntario presentada por el deudor. Esta medida pretende desvirtuar las posibles amenazas a las que podrían verse sometidos los acreedores que negocian un plan sin acuerdo del deudor o de sus socios. La suspensión se levantará en el caso de que no se haya presentado la solicitud de homologación judicial trascurrido un mes desde la suspensión. Este plazo se antoja excesivamente breve teniendo en cuenta el tiempo que normalmente cuesta alcanzar un acuerdo de este tipo. Con todo, puede ser una herramienta útil en aquellas situaciones en las que, no habiéndose alcanzado un acuerdo entre los distintos intervinientes, exista una alternativa viable al concurso disponible que cuente con un elevado nivel de apoyos entre los acreedores.

4.4. Procedimiento de homologación

El procedimiento de homologación se encuentra regulado de forma detallada y puede resumirse como sigue:

- i. Competencia. Corresponderá al juez de lo mercantil que fuera competente para la declaración del concurso. En el caso de que se hubiera presentado una comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores, será competente el mismo juez que hubiera tenido por efectuada esa comunicación.
- ii. Planes conjuntos. En caso de que existan deudores que hubieran efectuado una comunicación conjunta, será posible solicitar, bien la homologación individual o conjunta, bien la homologación de un plan conjunto de reestructuración. En caso de solicitud conjunta de distintos planes de reestructuración o de homologación o de un plan conjunto de reestructuración, deberán cumplirse los requisitos para la homologación en relación con cada uno de los deudores. Esta regla entendemos que viene a sustituir la anterior previsión conte-

nida en el antiguo art. 608 LC, que establecía que, para el cómputo de la mayoría en caso de acuerdos de grupo o de subgrupo, el porcentaje de pasivo financiero debía calcularse 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 siempre los créditos intragrupo. No parece, por tanto, que se exija un cómputo del pasivo a nivel consolidado. Por otro lado, esta regla debe ponerse en relación con la establecida en el art. 652.2 LC, en lo relativo a la sujeción de las garantías otorgadas por sociedades del grupo a los efectos de un plan a pesar de no haberse sometido esas sociedades a él (y, por tanto, entendemos, a pesar de no cumplir estas sociedades, a título individual, con los requisitos establecidos para la homologación). Surgen, no obstante, determinadas dudas interpretativas en torno a estos preceptos que deberán irse aclarando con la práctica.

- iii. Solicitud de homologación. Tanto el deudor como cualquier acreedor que haya suscrito el plan de reestructuración podrán presentar la solicitud de homologación. La LC permite a los acreedores, por tanto, tomar la iniciativa, lo que puede ser útil sobre todo en situaciones de bloqueo en las que no haya sido posible alcanzar un acuerdo con el deudor o sus socios.
- iv. A la solicitud debe acompañarse, entre otros, el texto íntegro del instrumento público en el que se haya formalizado el plan de reestructuración, incluida la certificación del auditor sobre la suficiencia de las mayorías exigidas y el informe del experto en la reestructuración (en caso de haya sido emitido). Si se pretende que el plan afecte al crédito público, deberán aportarse igualmente las certificaciones emitidas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social que acrediten que el deudor está al día en sus pagos.
- v. Admisión a trámite. Si el juez considera que tiene competencia para resolver sobre la homologación dictará providencia admitiéndola a trámite y, en esa misma providencia, decretará que la paralización de las ejecuciones singulares continúe hasta que acuerde o deniegue la homologación solicitada.
- vi. Publicación de la providencia. El letrado de la Administración de Justicia ordenará la publicación de la providencia en el Registro público concursal por medio de un edicto. Cualquier acreedor, o el propio deudor si no hubiera solicitado la homologación judicial, podrá formular declinatoria por falta de competencia en los diez días siguientes a la publicación de la providencia.
- vii. Auto. Salvo que de la documentación presentada se deduzca manifiestamente que no se cumplen los requisitos exigidos, dentro de los quince días siguientes a la publicación de la providencia de admisión a trámite de la solicitud en el registro público concursal, el juez, mediante auto, homologará el plan que reúna los requisitos legalmente establecidos. En el auto de homologación, (i) el juez determinará el alzamiento de la suspensión de los procedimientos de ejecución de créditos no afectados por el plan, así como el sobreseimiento de los restantes procedimientos de ejecución; y (ii) si el propio plan de reestructuración

conllevarse alguna operación societaria, el control de legalidad lo realizará el juez y dejará constancia de ello en el auto.

- viii. Publicidad. El auto de homologación del plan se publicará de inmediato en el registro público concursal.

4.5. Eficacia y actos de ejecución del plan

La ley ha mantenido el principio de eficacia inmediata del plan una vez homologado que ya regía en la normativa anterior y que tan útil se ha demostrado en la práctica. Esto significa que los efectos del plan no se posponen a la firmeza del auto de homologación del plan; al contrario, una vez homologado, los efectos se extienden inmediatamente a todos los acreedores titulares de créditos afectados, al propio deudor y a sus socios. Así, si el plan prevé quitas o establece un determinado calendario de amortización, el acreedor cobrará los importes que no hayan sido condonados conforme al nuevo calendario de pagos. Si posteriormente ese acreedor consigue impugnar el plan con éxito, solo él será resarcido (salvo que el plan adolezca de un vicio de consentimiento derivado de una incorrecta formación de las clases o de las mayorías que lo invalide completamente).

El trasfondo de esta medida es evitar conductas dolosas o de mala fe en las que se recurre a un uso abusivo de los recursos con el único objetivo de dilatar o dificultar el buen fin de la reestructuración y sacar un provecho particular de ello. Si el acreedor disidente tuviera el poder de suspender la eficacia del plan hasta la resolución de estos recursos, tendría un arma de presión muy poderosa que podría abocar la reestructuración al fracaso. Este principio, que ya estaba incorporado en nuestro derecho nacional, ha sido, de hecho, acogido expresamente por el derecho comunitario (art. 16 Directiva de Reestructuraciones).

En coherencia con lo anterior, se ha introducido una novedad muy importante en nuestro sistema: el acceso a los registros de los actos de ejecución del plan de reestructuración, incluso aunque el auto no haya adquirido firmeza. Conforme a lo establecido en la exposición de motivos de la Ley 16/2022, *"el interés en facilitar la inmediatez de la reestructuración en una situación de extraordinaria urgencia ante la inminencia del concurso justifica esta excepción a las reglas generales del derecho registral español"*. Por tanto, una impugnación del plan no impedirá la inscripción registral de esos actos. En este sentido, cabe destacar lo siguiente:

- i. De conformidad con el art. 650 LC, cuando el plan homologado judicialmente contenga medidas que requieran el acuerdo de los socios y estos no las adopten, los administradores o, si estos tampoco colaboran, la persona que designe el juez a propuesta de cualquier acreedor legitimado, tendrán facultades para llevar a cabo los actos y las modificaciones estatutarias necesarias para la ejecución del plan, siendo el auto de homologación título suficiente para la inscripción en el Registro Mercantil de las modificaciones estatutarias que se adopten por esta vía.
- ii. En el mismo sentido, la disposición final segunda de la Ley 16/2022 modifica la Ley Hipotecaria para permitir el acceso al Registro de la Propiedad de los actos que deriven del plan de reestructuración mediante la presentación de testimonio del auto de homologación. No

se han modificado expresamente, en cambio, otras leyes como la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión. No obstante, conforme a lo previsto en su disposición adicional tercera, entendemos que deberá aplicarse de forma subsidiaria lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

- iii. En lo que respecta a los actos de ejecución de las medidas de reestructuración operativa del plan, la ley es más parca, puesto que se limita a indicar que estas medidas deberán adoptarse "*de acuerdo con las normas que les sean aplicables*" y añade que cualquier controversia que se suscite en relación con ellas se sustanciará ante la jurisdicción competente. Cabe entender que el juez competente podría llegar a imponer el cumplimiento forzoso de las medidas de reestructuración operativa de un plan homologado que vincula al deudor, pero el procedimiento para ello no está regulado de forma expresa, por lo que habrá de estarse a su concreción práctica.

4.6. Tratamiento del acreedor disidente garantizado con garantía real

Como regla general, el contenido del plan puede ser impuesto, contra su voluntad, no solo al acreedor ordinario o subordinado, sino también al acreedor titular de un crédito garantizado con garantía real. Esto es así no solo cuando dentro de la clase a la que pertenezca el acreedor titular del crédito garantizado se haya alcanzado la mayoría pertinente (que, conforme al art. 629.2 LC, será de al menos tres cuartos del pasivo correspondiente a la clase en cuestión), sino también cuando, conforme a las reglas explicadas en el apartado 2.11, pueda llevarse a cabo un arrastre entre clases (o vertical) que permita imponer el plan a la clase de la que forma parte el acreedor garantizado con garantía real (*cram up* en la terminología inglesa). Para ello, o bien deberá haber votado a favor del plan una mayoría simple de clases entre las que se incluya una clase con privilegio especial o general, o al menos una clase que, conforme a las reglas de clasificación de créditos de la LC, pueda razonablemente presumirse que recibirá algún pago tomando en cuenta la valoración de la empresa en funcionamiento soportada por informe del experto independiente de la reestructuración (esto es, que esté *in the money*).

Esta previsión rompe definitivamente con el principio de inmunidad absoluta del acreedor garantizado con garantía real que ha regido nuestro derecho preconcursal durante mucho tiempo y que ya se había ido diluyendo con las distintas reformas de la LC introducidas en los últimos años. No obstante, va un paso más lejos. En el anterior sistema ya se reconocía que el privilegio especial derivado de la existencia de una garantía real no dependía de la condición subjetiva que tuviera un acreedor (garantizado o no), sino del valor real de su garantía. Asimismo, aun estando cubierto su crédito por el valor de la garantía real, podía el acreedor verse sujeto a las medidas adoptadas en el seno de un acuerdo de refinanciación homologado. Pero esto solo ocurría si así lo decidían libremente con mayoría suficiente los acreedores titulares de créditos garantizados con garantía real (esto es, por la parte de sus créditos que no excedían del valor de las garantías). Es decir, formaban siempre una clase separada que no podía, en ningún caso, verse arrastrada por las decisiones de acreedores de menor rango titulares de crédito no garantizados. Ahora, como verdadera revolución del sistema actual, si la valoración de empresa en funcionamiento presentada por el experto así lo justifica, y vota alguna clase que tenga perspectivas razonables de recuperación (aun parcial) de sus créditos basada en esa valoración, podrán verse sujetos al plan los acreedores

titulares de créditos garantizados con garantía real a pesar de no haber alcanzado la mayoría del setenta y cinco por ciento del pasivo dentro de su clase. Para ello será necesario que se cumpla, además, la regla de prioridad absoluta a la que haremos referencia más adelante.

Pero este régimen encuentra una importante excepción en el art. 651 LC que contiene una regla específica aplicable a los acreedores titulares de derechos de garantía que hayan votado en contra del plan y pertenezcan a una clase de acreedores en la que el voto favorable hubiera sido inferior al voto disidente. En concreto, los acreedores que se encuentren en esta situación tendrán derecho a instar la realización de los bienes o derechos gravados en el plazo de un mes a contar desde la publicación del auto de homologación en el Registro público concursal. Es decir, el arrastre de una clase entera de acreedores titulares de créditos garantizados con garantía real solo es posible si, cumpliéndose los restantes requisitos de arrastre entre clases, los votos favorables dentro de esa clase superan los votos del disidente. En un escenario donde todos han ejercido su derecho de voto, más del cincuenta por ciento del pasivo de esa clase debería votar a favor del plan; de lo contrario podrá el acreedor disidente instar la ejecución separada de sus garantías dentro del mes antes referido.

Cabe plantearse que, si eso es así, entre otros efectos, no cabría acordar la cancelación o sustitución por otra de la garantía real de esos acreedores pertenecientes a una clase disidente que no podría verse arrastrada (lo cual podría ser crítico en un plan que prevé, por ejemplo, la venta del bien dado en garantía). No obstante, para abordar estas situaciones se permite que el plan contemple la posibilidad de sustituir el derecho de ejecución separada que tienen estos acreedores por la opción de cobrar en efectivo, en un plazo no superior a ciento veinte días, la parte del crédito cubierta por el valor de la garantía. En caso de falta de pago del crédito, el acreedor tendrá derecho a la ejecución de la garantía (art. 651 LC).

En lo que se refiere a las reglas aplicables a la ejecución de la garantía, si el acreedor hiciera uso de este derecho podrá retener la cantidad obtenida en la realización de los bienes o derechos gravados aun cuando fuera superior al valor que se hubiera asignado a esa garantía en el plan, siempre que no exceda del importe de la deuda garantizada. Esta regla tiene sentido, pues el valor puede haber fluctuado o no ajustarse al valor real obtenido en la ejecución. Si el producto de la ejecución no es suficiente para satisfacer la deuda, esta quedará insatisfecha.

4.7. Tratamiento del acreedor garantizado con garantías de terceros

El artículo 652 LC se ocupa de una cuestión de enorme trascendencia para el acreedor, que no es otra que la de determinar los efectos que los pactos alcanzados como parte de un plan de reestructuración homologado judicialmente tienen en sus relaciones con terceros garantes (personales o reales). Regula, por tanto, la oponibilidad del contenido del plan de reestructuración objeto de homologación frente a esos terceros, estableciendo una solución distinta en función de que el acreedor se haya adherido o no al plan de forma voluntaria. Una regla similar ya se contenía en el anterior régimen de los acuerdos de refinanciación.

Como regla general, los acreedores afectados que no hubieran votado a favor del plan mantendrán sus derechos frente a terceros que hayan constituido garantía personal o real para la

satisfacción de su crédito. Por el contrario, respecto de los acreedores que hayan votado a favor del plan, el mantenimiento de sus derechos frente a los terceros obligados dependerá de lo que hubiesen acordado en la respectiva relación jurídica y, en su defecto, de las normas aplicables a esta.

Es fácil observar que este sistema puede desincentivar la participación del acreedor garantizado por tercero en las soluciones negociadas de reestructuración del pasivo. Desde la óptica del derecho de garantías se ha argumentado en ocasiones que es difícilmente justificable que la garantía decaiga o se minore justo en el momento en el que el acreedor necesita más esa vía de refuerzo adicional. Parafraseando al profesor PERDICES HUETOS, *"el fiador es un acreedor vicario que paga más pero recupera menos: en eso estriba la garantía en caso de solvencia...¿Qué garantía es aquella que solo garantiza al acreedor poder cobrar del fiador exactamente lo mismo que puede cobrar del deudor principal?"*. Con todo, lo habitual, por lo menos en las garantías otorgadas a favor de acreedores profesionales, es que se acuerde expresamente la supervivencia de las garantías a pesar de las vicisitudes que sufra el deudor garantizado y a pesar del sentido del voto del acreedor garantizado en los procedimientos preconcursales o extraconcursales del deudor.

La LC contiene, no obstante, una importante excepción a la regla anterior aplicable en el caso de grupo de sociedades. En concreto, los efectos del plan de una sociedad de un grupo se pueden extender también, en las condiciones previstas en este, a las garantías personales o reales prestadas por cualquier otra sociedad del mismo grupo no sometida al plan, cuando la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia de la garante y de la propia deudora. Esta importante novedad puede facilitar en el futuro la reestructuración de grupos societarios en los que haya terceros del grupo que hayan otorgado garantías. Habrá que ver cómo se materializa esta regla en la práctica, sobre todo cuando las garantías hayan sido otorgadas por sociedades del grupo extranjeras.

5. Impugnación de la homologación

5.1. El contexto

Según hemos visto ya, el auto de homologación del plan podrá ser impugnado ante la Audiencia Provincial, a diferencia del sistema hasta ahora vigente que contemplaba un recurso ante el mismo órgano que había dictado el auto. En los artículos 653 LC y siguientes se desarrollan los motivos de impugnación previstos en el régimen anterior que hasta ahora se limitaban a dos (aunque de alcance amplio); a saber: (i) no haberse adoptado el acuerdo por las mayorías exigidas y (ii) el carácter desproporcionado del sacrificio exigido al acreedor impugnante²³. No obstante, como luego se verá, aunque sean ahora más numerosos, la mayoría de los motivos de impugnación no dejan de ser sino concreciones del segundo motivo.

23 De conformidad con el anterior art. 617 LC, la impugnación del auto de homologación sólo podía fundamentarse en estos dos motivos: "1.º en no haber adoptado el acuerdo con las mayorías exigidas por esta ley [y] 2.º en el carácter desproporcionado del sacrificio exigido al acreedor o acreedores que impugnen la homologación". En todo caso, se consideraba "desproporcionado el sacrificio si fuera diferente para acreedores iguales o semejantes, así como si el acreedor que no goce de garantía real pudiera obtener en la liquidación de la masa activa una mayor cuota de satisfacción que la prevista en el acuerdo de refinanciación".

En relación con este tema, y antes de adentrarnos a analizar los motivos de impugnación, cabe hacer una reflexión. A medida que se van mejorando y sofisticando las herramientas de reestructuración preconcursal y se amplían tanto su alcance subjetivo como su contenido y opciones de arrastre, es inevitable que aumenten los motivos y riesgo de impugnación. Al haberse extendido las potenciales partes que pueden verse afectadas por un plan (que ya no se limitan a acreedores titulares de pasivo financiero e incluyen también a acreedores comerciales, socios y, con importantes rigideces, al acreedor de derecho público), se amplían igualmente los intereses enfrentados que es preciso conciliar. Asimismo, la norma contiene numerosos conceptos jurídicos indeterminados, muchos de los cuales provienen de la propia Directiva de Reestructuraciones, que requerirán de concreción judicial. Así, por ejemplo, de conformidad con lo ya explicado, las clases deben estar formadas en atención "*a la existencia de un interés común*" de los acreedores que las forman. Para que pueda asegurarse un uso legítimo de los planes de reestructuración debe cumplirse el presupuesto objetivo de insolvencia actual, inminente o probable del deudor que en ocasiones puede ser difícil demostrar (sobre todo en lo referente a la probabilidad de insolvencia). Pero, además, el plan debe ser eficaz y los efectos en él previstos que se propone imponer a las partes afectadas deben ser proporcionados a los beneficios obtenidos. A nuestro juicio, la clave estará siempre en el valor que se otorga a la empresa en funcionamiento. Para que la reestructuración tenga sentido, debe existir un excedente de valor respecto del valor que se obtendría en la liquidación (*going concern surplus*) y sustentarse en un plan de viabilidad creíble. Y además, el plan, para tener éxito, debe asegurar un reparto equitativo de ese valor, de forma que se respete al máximo el rango y las reglas de reparto que habrían aplicado en un contexto de liquidación concursal. En otras palabras, es importante conocer dónde rompe el valor de la empresa en funcionamiento, puesto que, en principio, aquellos sujetos que, conforme a la clasificación de sus créditos y derechos no hubieran recibido nada en un escenario de liquidación, tampoco deberían recibir nada en un plan de reestructuración (sobre todo si el plan no es consensual). Los principios de trato paritario, la "*prueba del interés superior de los acreedores*" y la "*regla de la prioridad absoluta*" a los que nos referiremos a continuación son meras concreciones de esta idea general.

5.2. Motivos de impugnación

5.2.1. EL MÍNIMO COMÚN DENOMINADOR: MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN COMUNES

La LC establece en los arts. 654, 655 y 656 la posibilidad de impugnar el auto de homologación de un plan de reestructuración en situaciones distintas y por distintos motivos en función de quién sea el impugnante (no es lo mismo que impugne un acreedor que el socio que no ha votado a favor del plan y tampoco es lo mismo que impugne un acreedor que ha sido arrastrado dentro de su clase a aquel que pertenece a una clase disidente por completo). No obstante, existe un conjunto de requisitos comunes aplicables tanto en el caso de que el impugnante sea un acreedor como si lo es un socio (con alguna diferencia que explicamos a continuación) que, a nuestro juicio, deben ponerse en relación con los requisitos generales que debe reunir el plan para poder ser homologado judicialmente por el juez (art. 638 LC). En concreto, podrá impugnarse un plan en todos los casos por los siguientes motivos:

- i. Motivos formales: en caso de que no se hayan cumplido los requisitos de contenido y forma establecidos legalmente. En el caso de los acreedores, además, se podrá impugnar si no se ha cumplido con los requisitos de comunicación del plan exigidos por la norma, cuestión fundamental para el ejercicio de sus derechos.
- ii. Incorrecta formación de la voluntad: en caso de que la aprobación del plan no se haya producido conforme a las reglas y mayorías establecidas en la LC. Nótese, no obstante, que mientras los socios pueden impugnar sobre la base de que no se han alcanzado las mayorías adecuadas o seguido las reglas pertinentes para la aprobación del plan, solo los acreedores afectados pueden cuestionar cómo se han formado las clases, lo que es lógico teniendo en cuenta que, *a priori*, y dejando de lado supuestos más complejos donde los socios puedan a su vez ser acreedores de la sociedad, la formación de clases no afecta a los socios.
- iii. Incumplimiento del presupuesto objetivo: si el deudor no se encuentra en situación de insolvencia actual, inminente o probable, siendo la última la más difícil de probar. En caso de que los impugnantes sean los socios en un supuesto en el que el plan no ha sido aprobado por ellos, podrán cuestionar que el deudor no se encontraba en insolvencia actual o inminente, puesto que, de no estarlo, no podría haberse prescindido del consentimiento de los socios reunidos en junta, salvo que se produzca un arrastre entre clases (art. 640. 2 LC).
- iv. Ineficacia o inadecuación al fin perseguido: según lo ya comentado, cualquier parte afectada podrá impugnar el plan si no ofrece una perspectiva razonable de evitar el concurso o asegurar la viabilidad en el corto y medio plazo. No siendo conceptos definidos ni predeterminados, deberá valorarse, sobre la base de la información disponible en ese momento, la razonabilidad de la viabilidad a corto y medio plazo (*vid.* apartado 2.5). Aunque no sea un requisito imprescindible, obtener una validación del plan de viabilidad (que presumiblemente formará parte del plan de reestructuración) por parte del experto en la reestructuración puede ser crucial para justificar esa razonabilidad. Nótese que, en un primer momento, la verificación que el juez hace de la viabilidad es de corte formal; no obstante, si posteriormente se siguen impugnaciones sobre la base de este motivo que presentan escenarios alternativos, la prueba pericial y el informe del experto puede ser determinante.
- v. Ausencia de trato paritario: cualquier sujeto afectado debe ser capaz de impugnar el plan de reestructuración si no ha recibido un trato paritario con otros créditos de la misma clase. La LC solo establece este criterio de impugnación en favor de los acreedores. No obstante, si de forma injustificada se tratara a los socios (entre sí) de forma distinta podría sostenerse su derecho de impugnación sobre la base de este motivo, siendo, además, este un principio fundamental del derecho societario. Nótese, no obstante, que podría haber situaciones extraordinarias en las que se justificara un trato distinto (por ejemplo, del socio gestor o industrial) cuya permanencia en la empresa sea considerada imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y siempre que los demás afectados no se vean perjudicados injustificadamente en coherencia con la excepción prevista en la norma a la regla de la prioridad absoluta (art. 655.3 LC). El hecho de que la LC no haya incluido este

supuesto entre los motivos de impugnación de los socios puede apuntar a que la intención del legislador es precisamente dar cabida a estos supuestos extraordinarios.

Llama la atención que el artículo 657 LC, que regula algunas reglas específicas sobre impugnación por la parte afectada por la resolución de un contrato en interés de la reestructuración, no establece que puedan impugnar sobre la base de los motivos comunes que aquí agrupamos. No obstante, entendemos que dichos motivos deberían ser igualmente de aplicación en estos casos, pues son el presupuesto de partida sin el cual el juez no debería aprobar la homologación judicial del plan de reestructuración (art. 638 LC).

5.2.2. IMPUGNACIÓN POR ACREEDORES: PLANES “CONSENSUALES” VS. “NO CONSENSUALES”

La LC, a la hora de regular los motivos por los que pueden impugnar los acreedores, distingue entre dos supuestos en función de que los planes hayan sido aprobados por unanimidad de todas las clases de acreedores con mero arrastre horizontal o intraclase (a los que nos referiremos, siguiendo la terminología del *Chapter 11* americano, como planes “consensuales”) y aquellos que no hayan sido aprobados por todas las clases y en los que, por aplicación de las reglas referidas en el apartado 2.11 anterior, se haya producido un arrastre (vertical) entre clases (planes no “consensuales”).

A. Impugnación del auto de homologación de un plan consensual o no consensual

El auto de homologación de un plan (sea consensual o no consensual) podrá impugnarse en atención a cualquiera de los motivos que hemos identificado como el mínimo común denominador en el apartado 5.2.1. Según lo ya comentado, como motivos específicos de impugnación por parte de los acreedores que no se prevén en caso de impugnación de los socios, se encuentra la posibilidad de impugnar sobre la base de una incorrecta formación de clases o de un incumplimiento de la regla de trato paritario a los acreedores de una misma clase. Pero, además, los acreedores afectados por un plan, consensual o no, podrán impugnar el auto de homologación judicial en atención a los siguientes motivos adicionales:

- i. Ausencia de sacrificio desproporcionado: todos los acreedores pueden impugnar el auto de homologación en el caso de que la reducción del valor de sus créditos sea manifiestamente mayor a la que resulta necesaria para garantizar la viabilidad de la empresa, de lo contrario existiría un sacrificio desproporcionado. A nuestro juicio, esta regla debe ponerse en relación con la prueba del interés superior de los acreedores a la que nos referimos seguidamente.

Es preciso señalar que la LC contiene, en este punto, una regla de especial trascendencia para aquellos acreedores que comprenden créditos con descuento respecto de su valor nominal (incluyendo, entre otros, fondos de inversión de corte oportunista o *distressed*). Así, se prevé que, en caso de cesión de créditos, se presumirá que no concurre esta circunstancia cuando el acreedor impugnante haya adquirido el crédito con un descuento superior a la reducción del valor que este padece. Esta regla es de creación propia en tanto en cuanto no proviene de la Directiva de Reestructuraciones

y puede afectar de forma nociva al mercado secundario de compraventa de créditos. En este punto, conviene recordar que este mercado cumple una función esencial de saneamiento del sector financiero, pues, entre otros, permite a las entidades financieras reforzar su balance vendiendo los créditos de deudores menos solventes para poder cumplir así con los exigentes requerimientos de capital, solvencia y fondos propios que les son aplicables. Penalizar la compra de créditos con descuento es algo que no encuentra reflejo en otros ordenamientos jurídicos. Los acreedores que compran créditos con descuento no lo hacen sobre la base de que recuperarán únicamente el precio pagado (en cuyo caso nunca accederían a comprarlos), sino sobre la base de que, con la compra, obtendrán un retorno razonable y exigido, por otro lado, por sus inversores. Hubiera sido deseable, por tanto, que la LC no hubiera contenido una regulación tan penalizadora de estas operaciones.

- ii. Prueba del interés superior de los acreedores: los acreedores también podrán impugnar el plan si no supera la “prueba del interés superior de los acreedores” (*best interest creditors’ test* en terminología de la Directiva de Reestructuraciones). Siguiendo de forma literal lo establecido en el apartado 7.º del art. 654, se considerará que el plan no supera esta prueba cuando sus créditos se vean perjudicados por el plan de reestructuración en comparación con su situación en caso de liquidación concursal de los bienes del deudor, individualmente o como unidad productiva. A los efectos de comprobar la satisfacción de esta prueba, se comparará el valor de lo que reciban conforme al plan de reestructuración con el valor de lo que pueda razonablemente presumirse que hubiesen recibido en caso de liquidación concursal. Para calcular este último valor, se considerará que el pago de la cuota de liquidación tiene lugar a los dos años de la formalización del plan.

La norma opta, por tanto, por la primera de las alternativas que daba la Directiva de Reestructuraciones²⁴ para verificar el cumplimiento de este requisito, que era la de comparar lo que obtiene el acreedor como parte del plan con lo que obtendría, aplicando el orden normal de prelación en una liquidación, en la mejor opción alternativa. La opción del legislador en este punto nos parece acertada, puesto que la alternativa es si cabe más subjetiva y difícil de demostrar y, a nuestro juicio, podría aumentar la litigiosidad. ¿Cuál sería en ese caso la mejor opción alternativa?

La consecuencia inmediata de esta regla es que será imprescindible en cualquier reestructuración determinar no solo el valor de la empresa en funcionamiento, sino además el valor liquidativo (que necesariamente será menor), pues solo así se podrá estar preparado para abordar cualesquiera impugnaciones que puedan suceder al auto de homologación judicial del plan. A este respecto, como hemos indicado antes, el informe del experto en la reestructuración puede jugar un papel crítico.

²⁴ La Directiva de Reestructuraciones define el concepto de prueba o test del interés superior de los acreedores en su artículo 2 (1) (6) en los siguientes términos: “«prueba del interés superior de los acreedores»: una prueba que se supera si se demuestra que ningún acreedor disidente se vería perjudicado por un plan de reestructuración en comparación con la situación de dicho acreedor si se aplicase el orden normal de prelación en la liquidación según la normativa nacional, tanto en el caso de liquidación de la empresa, ya sea mediante liquidación por partes o venta de la empresa como empresa en funcionamiento, como en el caso de la mejor solución alternativa si no se hubiese confirmado el plan de reestructuración”.

B. Motivos específicos de impugnación del auto de homologación de un plan no consensual: la regla de la prioridad absoluta

El auto de homologación de un plan no consensual, que no haya sido aprobado por todas las clases de créditos, podrá ser impugnado por todos los motivos previstos anteriormente por los acreedores que no hayan votado a favor del plan, con independencia de que pertenezcan o no a una clase que haya aprobado dicho plan.

Pero, además, el auto de homologación que no haya sido aprobado por todas las clases de créditos podrá ser impugnado por los titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan y pertenezcan a una clase que no lo haya aprobado también por los siguientes motivos:

- i. que no haya sido aprobado por la clase o clases necesarias;
- ii. que una clase de créditos vaya a mantener o recibir, de conformidad con el plan, derechos, acciones o participaciones con un valor superior al importe de sus créditos;
- iii. que la clase a la que pertenezca el acreedor o los acreedores impugnantes vaya a recibir un trato menos favorable que cualquier otra clase del mismo rango; y
- iv. que la clase a la que pertenezca el acreedor o acreedores impugnantes vaya a mantener o recibir derechos, acciones o participaciones con un valor inferior al importe de sus créditos si una clase de rango inferior o los socios van a recibir cualquier pago o conservar cualquier derecho, acción o participación en el deudor en virtud del plan de reestructuración.

Este último motivo acoge en nuestro país la denominada *regla de la prioridad absoluta* (*absolute priority rule* en la Directiva de Reestructuraciones), conforme a la cual, cuando una clase más *junior* recibe cualquier pago o mantiene cualquier interés en virtud del plan, la clase con derecho a voto de rango *superior* o *senior* debe ser reembolsada *en su totalidad* por el mismo medio o por uno equivalente.

Nótese que la otra opción que permitía la Directiva de Reestructuraciones era acoger la *regla de la prioridad relativa*, conforme a la cual las clases de acreedores afectados con derecho a voto disidente deben recibir un trato al menos tan favorable como el de cualquier otra clase del mismo rango y *más favorable* que el de cualquier clase inferior. No obstante, quizás para evitar otro elemento adicional de apreciación subjetiva, y asegurar el máximo respeto al orden de prelación que existiría en un escenario concursal de liquidación, el legislador español ha optado por acoger la regla de la prioridad absoluta.

Como excepción a lo anterior, la Ley 16/2022 permite confirmar la homologación del plan aunque no se cumpla la condición (iv) (es decir, aunque no se cumpla estrictamente la regla de la prioridad absoluta), *cuando sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente*. Con ello la LC, haciendo uso de una flexibilidad permitida por la Directiva de Reestructuraciones, ha optado por una regla de la

prioridad absoluta pero dulcificada o, si se permite el juego de palabras, una *regla de la prioridad absoluta relativa*. Creemos, en todo caso, que la excepción a la regla de prioridad absoluta deberá aplicarse solo en supuestos extraordinarios donde sea justificable un distinto reparto. Previsiblemente, será preciso que el experto en la reestructuración se pronuncie sobre esta cuestión.

5.2.3. IMPUGNACIÓN POR EL SOCIO

Ya hemos visto como el socio podrá impugnar el auto de homologación de un plan no aprobado por los socios, con carácter general, por todos los motivos a los que se ha hecho referencia en el apartado 5.2.1, si bien con los matices y reglas específicas que ahí hemos explicado (incluyendo el hecho de que, *a priori*, y aunque sea cuestionable, la norma no incluye como motivo de impugnación en este caso la ausencia de trato paritario entre socios).

Pero, además, el socio podrá atacar la valoración sobre la que se sustente el plan de reestructuración si con ello es capaz de demostrar que *"una clase de acreedores afectados vaya a recibir, como consecuencia del cumplimiento del plan, derechos, acciones o participaciones, con un valor superior al importe de sus créditos"*. Como concreción del principio de enriquecimiento injusto, los acreedores no podrán recibir una contrapartida superior al valor de sus créditos, pues es precisamente ese derecho a percibir el *upside* de valor el que sustenta el riesgo que asumen los socios al invertir en capital y no en deuda.

Cabe advertir que, en caso de que la aprobación del plan requiera acuerdo de los socios (por ejemplo, porque el deudor no se encuentra en insolvencia inminente o actual) y estos no lo hayan aprobado, solo aquellos que hayan votado en contra en junta tendrán legitimación para impugnarlo. Por tanto, aquellos que no hayan comparecido o hayan votado en blanco no podrán impugnar el auto de homologación del plan.

Por otro lado, el art. 631.2.5.^a LC establece que el acuerdo de junta que apruebe el plan de reestructuración será impugnabile exclusivamente por el cauce y en el plazo previstos para la impugnación u oposición a la homologación judicial. En este caso, el plazo para impugnar comenzará a contar desde la celebración de la junta y las impugnaciones del acuerdo de junta se acumularán a la impugnación u oposición al plan por parte de los acreedores y se tramitarán como cuestión incidental de previo pronunciamiento.

Para mayor detalle nos remitimos al capítulo siguiente (*Socios y Reestructuración*), donde se abordan estas cuestiones con mayor profundidad.

5.2.4. OTROS SUPUESTOS

Conforme al art. 657 LC, cuando en el auto de homologación del plan de reestructuración se hubiera acordado la resolución de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, la parte afectada podrá impugnar esa resolución por cualquiera de los siguientes motivos:

- i. que esa resolución del contrato no resulte necesaria para asegurar el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso; y

- ii. que no sea adecuada la indemnización prevista en el plan por la resolución anticipada del contrato.

A pesar del silencio de la norma, creemos que en estos casos también deberían ser aplicables los motivos de impugnación generales descritos en el apartado 5.2.1. Es más, debería ser de aplicación cualquiera de los motivos de impugnación aplicables a los acreedores (ya sean los generales o los específicos aplicables en un plan no consensual en el que se ha producido un arrastre entre clases).

Cabe advertir que la LC aborda, en su art. 670 LC, otros supuestos de impugnación u oposición a los planes de reestructuración de efecto limitado, que pueden ser alegados por acreedores (afectados o no por el plan), sobre la base de, entre otros, el incumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 665 y siguientes, y cuya finalidad es únicamente la de hacer inaplicable la protección especial del plan frente a las acciones de rescisión concursal. Dicha cuestión ha sido objeto de análisis en otros capítulos de esta revista a los que nos remitimos.

5.3. Procedimiento de impugnación

Las impugnaciones deberán llevarse a cabo ante la Audiencia Provincial dentro de los quince días siguientes a la publicación del auto de homologación del plan de reestructuración. Con el objeto de agilizar el proceso, todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente. Acordada la admisión a trámite de las impugnaciones por el letrado de la Administración de Justicia, se dará traslado de ellas a todos los interesados, incluyendo el deudor y acreedores adheridos al plan, para que puedan oponerse a la impugnación en un plazo de quince días.

La sentencia que resuelva la impugnación deberá ser dictada dentro de los treinta días siguientes a aquel en que hubiera finalizado la tramitación del incidente y tendrá la misma publicidad que el auto de homologación, produciéndose sus efectos, sin posibilidad de suspensión o aplazamiento, el día siguiente al de su publicación en el Registro público concursal. Frente a la sentencia que resuelva la impugnación, no cabrá recurso alguno.

Según lo ya expuesto, la impugnación del auto de homologación del plan de reestructuración carecerá de efectos suspensivos, lo que es crítico para evitar actuaciones procesales abusivas.

Con el objeto de tratar de evitar posteriores impugnaciones, la LC también prevé un procedimiento de homologación con fase de contradicción previa que puede ser útil en supuestos complejos en los que se desee contar *ex ante* con seguridad jurídica sobre el resultado de la reestructuración.

5.4. Efectos de la sentencia estimatoria de la impugnación

La sentencia estimatoria de la impugnación solo surtirá efectos frente a quien hubiera instado la impugnación, subsistiendo los efectos de la homologación frente a los demás acreedores y socios. En este caso, si los efectos no se pueden revertir, el impugnante tendrá derecho a la indemnización de los daños y perjuicios por parte del deudor. Esta es, sin duda, una regla acertada; de lo

contrario una impugnación de un porcentaje pequeño de los créditos tendría unas consecuencias devastadoras para el buen fin de la reestructuración.

No obstante, cuando la estimación de la impugnación se haya basado en la falta de concurrencia de las mayorías necesarias o en la formación defectuosa de las clases, la sentencia declarará la ineficacia del plan.

La LC aclara, aunque no podía ser de otra forma, que la sentencia no perjudicará los derechos adquiridos por terceros de buena fe de acuerdo con la legislación hipotecaria.

5.5. Prohibición temporal de nuevas solicitudes

Una vez homologado un plan de reestructuración, no podrá solicitarse otra solicitud de homologación respecto del mismo deudor hasta que transcurra un año a contar desde la fecha de solicitud de la homologación del plan anterior.

6. Incumplimiento de los planes de reestructuración

El art. 671 LC ha zanjado un antiguo y complejo debate que existía en el régimen anterior sobre las consecuencias del incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado judicialmente con una regla clara y sencilla: una vez homologado, no se podrá pedir la resolución del plan por incumplimiento ni la desaparición de los efectos extintivos o novatorios de los créditos afectados a no ser que el propio plan previese otra cosa (lo cual no será habitual). Esto es, el plan y los actos y operaciones llevados a cabo en ejecución de este son, como norma general, irreversibles. Si el plan se incumple, se desencadenarán las consecuencias previstas en él para el caso de incumplimiento; a título de ejemplo, podrán vencerse los créditos que se hayan novado como consecuencia del plan, ejecutarse las garantías, aplicar penalidades o intereses de demora, llevar a cabo nuevas capitalizaciones, etc. Lo que no se podrá es deshacer, con efectos retroactivos, las medidas acordadas como parte del plan, tal y como la modificación de los términos aplicables a la deuda, las capitalizaciones de deuda, las quitas o las transmisiones de activos. Cualquier otra solución que pudiera llevar a este resultado (a nuestro juicio absurdo) sería impracticable y podría afectar a derechos de terceros.

La aclaración es, sin duda, pertinente, puesto que en el régimen anterior se preveía precisamente la regla contraria. Así, se establecía un confuso procedimiento por virtud del cual, una vez incumplido un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente, cualquier acreedor podía solicitar al juez la declaración de incumplimiento y, en caso de que dicha declaración fuera obtenida, el acuerdo debía resolverse con la consiguiente desaparición de sus efectos sobre los créditos. Este sistema fue objeto de numerosas opiniones críticas que han sido ahora acogidas por el legislador con la regla antes transcrita.

No obstante, este principio tiene una excepción: en el caso de que el plan incumplido hubiera afectado a acreedores de derecho público (lo que no es del todo sencillo por las razones ya mencionadas), dichos acreedores podrán instar la resolución del plan de forma parcial en lo que se

refiere a los créditos de derecho público que hubieran estado afectados por él. Esta regla equivale a otorgar una facultad de vencimiento individual al acreedor de derecho público, lo cual será impensable que se dé a otros acreedores sujetos al plan.

7. Régimen especial

El título V prevé un régimen especial para las personas naturales o jurídicas que desarrollen una actividad empresarial o profesional y que cumplan cumulativamente con los siguientes dos requisitos: (i) que el número medio de trabajadores que hayan empleado durante el ejercicio anterior al que se haga la comunicación o se presente la solicitud de homologación no sea superior a cuarenta y nueve personas, y (ii) que el volumen de negocios o balance general anual no supere los diez millones de euros. Además, quedarán excluidas del régimen especial las empresas que pertenezcan a un grupo obligado a consolidar y las que tengan la condición de microempresa y estén sujetas al procedimiento especial del libro tercero.

Existen ciertas especialidades en relación con los planes de reestructuración de quienes cumplan con estas condiciones, que lo hacen más favorable al deudor que el régimen general. En primer lugar, estos planes de reestructuración se podrán presentar a través de un modelo oficial que ya ha habilitado la Sede Judicial Electrónica del Ministerio de Justicia y que incluye directrices prácticas para su cumplimentación. Además, a diferencia de lo que ocurre en el régimen general, solo se podrá solicitar la homologación judicial de estos planes si el deudor y, en su caso, los socios lo hubieran aprobado, por lo que no será posible en estos casos el arrastre del deudor ni de sus socios. El deudor también será el único que podrá solicitar la confirmación judicial facultativa de las clases (art. 625 LC), a diferencia de lo que ocurre en el régimen general, en el cual los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que vaya a quedar afectado por el plan también lo pueden solicitar. Por último, los planes de reestructuración sujetos al régimen especial se podrán homologar aunque no haya sido aprobado por todas las clases de acreedores si la clase o las clases que no lo hayan aprobado reciben un trato más favorable que las clases de rango inferior.

8. Conclusión

La reforma operada por la Ley 16/2022 introduce profundas modificaciones del régimen preconcursal español, especialmente en lo relativo a los planes o acuerdos de reestructuración. Con ello no solo se transpone la Directiva de Reestructuraciones, sino que se articula un completo juego de herramientas para reestructurar negocios económicamente viables, pero que presentan un excesivo nivel de apalancamiento, dotando en general a los acreedores de un mayor poder que el que tenían en el régimen de acuerdos de refinanciación anterior a la reforma y ofreciendo, a la vez, algunas palancas a los deudores de las que antes carecían.

Bibliografía

PIÑEL LÓPEZ, Enrique (2009). Requisito de las refinanciaciones para su protección frente a acciones rescisorias concursales. *Revista de Derecho Concursal*, 11/2009.

PULGAR EZQUERRA, Juana; ARIAS VARONA, Francisco Javier; GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés; MEGÍAS LÓPEZ, Javier (2020). *Comentario a la ley concursal. Texto refundido de la ley concursal*. La Ley, 2ª edición, pág. 162.

VEIGA COPO, Abel Benito (dir.); MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel (coord.) (2021). *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi, (1ª ed.). Artículo 598. Requisitos de los acuerdos colectivos de refinanciación, pp. 1178-1187.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan (2015). Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe del experto, autoría, contenido y responsabilidad. *Revista de Derecho concursal y pre-concursal*, nº 22 / 2015.

GARCIMARTÍN, Francisco. *Lecciones de Derecho Mercantil*. 20ª Edición, Vol. 2. Aranzadi, 2022. España. Los planes de reestructuración.

GARCIMARTÍN, Francisco. *La Prueba del interés superior de los acreedores*. Jun. 22, 2021. Almacén de Derecho.

GARCIMARTÍN, Francisco. *La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad*, (I). Nov. 2016. Almacén de Derecho.

GARCIMARTÍN, Francisco. *La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad*, (II). Ago. 3, 2017. El arrastre de los acreedores disidentes y la regla de prioridad absoluta. Almacén de Derecho.

THOMÀS PUIG, Petra María. *La homologación judicial de los planes de reestructuración*. La Ley Mercantil, 2022, 092.

MARTOS MORENO, José Luis. *La impugnación de los planes de reestructuración*. La reestructuración como solución de las empresas viables (págs. 575 a 595). Aranzadi, 2022. España.

PERDICES HUETOS, A.B. *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*. Aranzadi, 2005.

Artículos

SOCIOS Y REESTRUCTURACIÓN

Manuel García-Villarrubia Bernabé

Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje

Socios y reestructuración

Socios y planes de reestructuración son un binomio de difícil combinación. Sin duda, uno de los temas estrella de la nueva regulación introducida por la reforma concursal. Dentro de las diversas opciones habilitadas por la llamada Directiva de reestructuración e insolvencia, el legislador español ha optado por un sistema híbrido o intermedio. En los planes de reestructuración es frecuente incluir medidas que requieren una decisión de los socios del deudor en forma de adopción del correspondiente acuerdo social. La más habitual es la capitalización de créditos, pero puede haber muchas opciones, incluidas modificaciones estructurales como la fusión o la escisión. En estos supuestos, la reforma opta por mantener la necesidad de someter esas medidas a la decisión de los socios, pero con determinadas especialidades destinadas a facilitar una decisión favorable. Y, llegado el caso, aunque la decisión sea desfavorable, el plan puede salir adelante e imponerse a los socios (los denominados planes no consensuales). Las modificaciones son, pues, muy relevantes.

PALABRAS CLAVE:

REFORMA CONCURSAL, DIRECTIVA DE REESTRUCTURACIONES, PLANES DE REESTRUCTURACIÓN, SOCIOS.

Shareholders and restructuring plans

Shareholders and restructuring make a somewhat awkward pairing and yet this is one of the main features of the new Insolvency Law Reform. Of the various options in the Directive on preventive restructuring frameworks, the Spanish lawmaker has opted for a hybrid or intermediate system. Restructuring plans often include measures that the debtor's shareholders need to approve through a resolution. The most common is a debt-for-equity swap, but there are many others, including structural modifications such as mergers or demergers. In these cases, these measures continue to require shareholder approval, but some special features have been introduced to favour such approval. And, if necessary, even if the measures are not approved, the plan may still go ahead and be imposed on the shareholders (shareholder cram-up). The amendments have thus been quite significant.

KEYWORDS:

INSOLVENCY LAW REFORM, RESTRUCTURING DIRECTIVE, RESTRUCTURING PLANS, SHAREHOLDERS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-10-2022

García-Villarrubia Bernabé, Manuel (2022). Socios y reestructuración. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 71-100 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El tratamiento que se da a los socios en la reestructuración de compañías en crisis es, sin duda, uno de los temas centrales de la reforma producida como consecuencia de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) (la "Ley de Reforma" o la "Reforma").

Probablemente, la novedad principal de la Reforma es que los planes de reestructuración pueden llegar a imponerse a los socios aún en contra de su voluntad, y eso, en definitiva, puede incluso determinar su total desaparición del *equity*. Veremos en qué condiciones y bajo qué requisitos.

2. Contexto: el concepto de reestructuración

La delimitación de qué ha de entenderse por reestructuración es relevante para que después se pueda valorar el papel del socio en esa reestructuración.

En primer lugar, es conveniente acudir al texto legal. La Ley de Reforma ha introducido un concepto expreso de plan de reestructuración en el artículo 614 del TRLC, que reza de la siguiente manera: *"Se considerarán planes de reestructuración los que tengan por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos"*.

Como puede comprobarse, se está ante una noción amplia, que es coherente con la definición formulada en la Directiva sobre reestructuración, de la que es casi reproducción literal (artículo 2.1.1). El concepto, además, supera el tradicional, normalmente constreñido a medidas que afectaban al pasivo (y, en particular, al pasivo financiero).

Fácilmente se comprende también que, en muchas de las medidas contempladas como posible contenido de un plan de reestructuración, se incluyen decisiones sometidas a la legislación societaria general y para cuya adopción es imprescindible, según esa normativa, la intervención del socio, mediante el ejercicio de su derecho de voto en las reuniones de los órganos colegiados competentes, léase la junta general, para la toma de esas decisiones en forma de acuerdo social. Quedan, así, comprendidas medidas tales como el aumento o la reducción del capital

social, la enajenación de activos esenciales o la realización de modificaciones estructurales (fusión, escisión)¹.

Se está ante un problema, por tanto, que nos lleva a la coordinación de diferentes cuerpos normativos. Por un lado, la normativa específica que regula las relaciones entre un socio y la sociedad, concentrada en la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”) y, por lo que ahora importa, en la Ley de Modificaciones Estructurales (“LME”). Esas normas establecen, con carácter general, el conjunto de derechos de los socios en sus relaciones con la sociedad y, en particular, en lo atinente a la adopción de determinadas decisiones. Por otro, la normativa relativa a las situaciones preconcursales, representada en este momento por las modificaciones introducidas en el TRLC por la Reforma, que establece determinadas excepciones al funcionamiento de las compañías mercantiles que inciden de forma directa y relevante en los derechos que los socios tienen en ausencia de una situación de crisis de la sociedad.

3. El socio en el texto refundido de la ley concursal

El libro II del TRLC contemplaba, antes de la Reforma, dos tipos de medidas dirigidas a la reestructuración del pasivo del deudor. Los denominados acuerdos de refinanciación, colectivos o singulares y susceptibles de homologación judicial según los casos, y los llamados acuerdos extrajudiciales de pagos. En ninguno de esos supuestos se preveía la intervención directa de los socios del deudor en la aceptación o aprobación del acuerdo de refinanciación o del acuerdo extrajudicial de pagos. Pero estos podían incluir medidas para las que fuese necesario, con arreglo a la normativa societaria, la adopción del correspondiente acuerdo por el órgano social competente, momento en el que entraban en escena tanto los administradores sociales como los propios socios. Los acuerdos que fuesen necesarios se encontraban así sujetos a la normativa societaria general, sin excepción. En particular, la fórmula para proceder a la capitalización o conversión de créditos en acciones o participaciones era, como es lógico, la ampliación del capital social de la compañía en crisis por compensación de créditos, para lo que era necesario adoptar el correspondiente acuerdo social, con todos los requisitos establecidos en esa normativa. Y podía ocurrir que los administradores o los socios, con su actuación (entiéndase, en el caso de los socios, con el ejercicio de su derecho de voto), determinasen que no se adoptase la correspondiente decisión societaria y, con ello, que se frustrase el acuerdo de refinanciación o el acuerdo extrajudicial de pagos, abocando en última instancia a la sociedad al concurso de acreedores.

En tal situación, lo que la normativa contemplaba era la posibilidad de calificar el concurso como culpable y de considerar al administrador o socio como personas afectadas por la calificación, con todas las consecuencias, mediante el establecimiento de una presunción *iuris tantum* de culpabilidad en el artículo 700 del TRLC, con las correspondientes previsiones relativas a la delimitación

¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2021). El derecho de preferencia en los aumentos de capital preconcursales. *Almacén de Derecho*, Recuperado de <https://almacendederecho.org/el-derecho-de-preferencia-en-los-aumentos-de-capital-preconcursales>. Este autor se refiere, en concreto, y para ese tipo de casos, a supuestos como la reducción de capital para compensar pérdidas, la conversión preconcursal de deuda en capital o aumentos de capital preconcursales con nuevas aportaciones dinerarias (*new money*).

subjetiva de las personas afectadas por la calificación y la posibilidad de condena a la cobertura del déficit (artículos 701.1 y 702.2 del TRLC, respectivamente).

La presunción se refería a un tipo muy concreto de acuerdo (capitalización de créditos o emisión de valores o instrumentos financieros convertibles), pero no alcanzaba todos los posibles supuestos para los que podía ser necesario adoptar un acuerdo con el voto favorable de los socios según las mayorías dispuestas en la LSC y en la LME. Era preciso, además, que se reconociese un derecho de adquisición preferente a favor del socio o accionista en caso de enajenación de las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles por los acreedores que los hubieran suscrito o a los que se hubieran adjudicado como consecuencia de ese acuerdo (cosa que, por definición, no ocurre en los acuerdos puros de ampliación de capital por compensación de créditos). Y se estaba ante un régimen de reacción *ex post* al fracaso del acuerdo de refinanciación o el acuerdo extrajudicial de pagos, que entraba en juego en el seno del concurso consecutivo posterior de la sociedad deudora.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que esta regulación incluida en el TRLC no ha sido en realidad aplicada, porque ha estado en funcionamiento menos de dos años, desde que el TRLC entró en vigor el 1 de septiembre de 2020 hasta que ha sido eliminada por la Ley de Reforma. Y a ello se añade la moratoria concursal vigente, con sus sucesivas prórrogas, hasta el 30 de junio de 2022, lo que —como es público y notorio— ha determinado que el número de concursos declarados durante todo ese tiempo haya sido muy inferior al que de manera natural se habría producido en un escenario de dramática crisis económica y financiera derivada de la situación creada por la pandemia. Se está así queriendo decir, en definitiva, que los preceptos citados del TRLC han quedado prácticamente inéditos. Es más, el adverbio incluso sobra. Es cierto que los artículos 700 y ss. del TRLC tienen su antecedente en los artículos 165.2 y 172.2.1.⁹ de la Ley Concursal de 2003, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, y la posterior Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. Pero también lo es que estas previsiones tampoco han llegado a tener que ser aplicadas por los tribunales. Ello no quiere decir que no hayan tenido ningún efecto, porque también estaban dotadas de una función preventiva, dirigida a servir de incentivo para evitar comportamientos de los socios o los administradores sociales que pudieran frustrar un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos susceptibles de exponerles después a los rigores de la siempre tan temida sección de calificación².

En cualquier caso, estas referencias iniciales son relevantes porque la Ley de Reforma introduce un cambio radical de paradigma. Haciendo uso de las previsiones contenidas en la Directiva de reestructuración e insolvencia, el legislador español —como ahora se verá— ha optado por una intervención *ex ante* que ha hecho innecesario contemplar una consecuencia posterior como la previamente establecida —y muy criticada, por cierto— en nuestro ordenamiento.

2 Vid. para más detalle, sobre esta presunción de culpabilidad y sus consecuencias, GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2016). ¿En qué supuestos podrá el socio negarse razonablemente a capitalizar su crédito en un acuerdo de refinanciación?; ¿Podrá un acreedor negarse a capitalizar su crédito en el convenio? *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, 37. La incorporación de esta presunción *iuris tantum* de culpabilidad dio lugar a no pocas críticas, tanto por su propia inclusión como por su formulación legal. Pueden verse, a este respecto, como buena muestra, las opiniones de VILLENA CORTÉS, F. B. y NIETO DELGADO, C. (2014). Capitalización de deuda y calificación concursal tras el Real Decreto-Ley 4/2014. *Diario La Ley*, 8357; y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2014). El envilecimiento de la posición del socio en la capitalización preconcurso de créditos bajo el Real Decreto-ley 4/2014. *La Ley Mercantil*, 1. No obstante las críticas, el TRLC decidió mantener la presunción, como se ha visto, en la regulación del concurso consecutivo contenida en los artículos 700 y ss.

4. El socio en la Directiva. El modelo seguido por el legislador español

La Directiva sobre reestructuración e insolvencia contiene relevantes referencias y previsiones sobre el papel que se ha de atribuir a los socios en la reestructuración de la situación de la persona jurídica. Pueden citarse los considerandos 43, 57 y 96 y los artículos 9 y 12.

Mucho se ha escrito sobre la aproximación del legislador comunitario a la situación de los socios en los planes de reestructuración y, como es lógico, sobre las diferentes opciones que tenía el legislador nacional para regular la materia en la transposición de la Directiva. El debate ha estado presente y de actualidad en las diferentes fases por las que ha atravesado el texto que hoy es ya normativa vigente, con singular intensidad desde que se hizo público el borrador de Anteproyecto³. Una vez que ya tenemos la Ley de Reforma aprobada y en vigor, tiempo es de avanzar, de dar por superado ese debate y de adentrarse en el análisis de la nueva regulación positiva y de los principales problemas que se suscitan en su interpretación y aplicación.

Se antoja conveniente formular, no obstante, alguna consideración que puede servir de interés en esa labor. El recorrido por las referencias de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia revela una aproximación no excesivamente positiva hacia el papel de los socios ("*tenedores de participaciones*") en la reestructuración. Se les percibe más como una fuente de problemas que como parte de la solución. Y la tensión entre la aplicación de la normativa societaria, con su regulación sobre los derechos de los socios, y la normativa de reestructuraciones se resuelve a favor de esta última. Prima la protección de la viabilidad de la actividad del deudor y se asume como un mal necesario el respeto de los derechos de los socios, bajo determinadas condiciones y presupuestos que pueden significar que esos derechos queden sacrificados frente a lo que sería su contenido en una situación de normalidad, siempre, eso sí, también que se den determinadas condiciones y presupuestos.

¿Cuál es el modelo finalmente adoptado? Lo que se ha hecho es optar por una solución que podría calificarse de híbrida⁴ o intermedia. ¿Por qué híbrida o intermedia? Porque, como se verá, la regulación pivota sobre tres elementos: el plan de reestructuración se somete a la aprobación de los socios, ese sometimiento se hace bajo reglas especiales frente a la regulación societaria general y, en determinados casos, el plan de reestructuración puede salir adelante e imponerse a los socios.

3 Vid. COHEN BENCHETRIT, A. (2021). La posición del socio ante la reestructuración en el anteproyecto de reforma concursal. *La Ley Mercantil*, 86. La intensidad del debate suscitado puede comprobarse en la completa relación de bibliografía de ese comentario, cuya lectura es obligada.

4 Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2021). El derecho de preferencia..., *op. cit.*; FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2022). La tutela de los socios frente a los planes de reestructuración preventiva de su sociedad. *La Ley Mercantil*, 88; FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2022). Socios y planes de reestructuración. *Almacén de derecho*, Recuperado de <https://almacenderecho.org/socios-y-planes-de-reestructuracion>; COHEN BENCHETRIT, A. (2021). La posición del socio..., *op. cit.*, p. 7; IRIBARREN BLANCO, M. (2022). Los socios en los planes de reestructuración en la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Revista General de Insolvencias e Reestructuraciones*, 6, pp. 97-139; y JUSTE MENCÍA, J. (2022). La junta de socios y los planes de reestructuración en el derecho proyectado. *Revista General de Insolvencias e Reestructuraciones*, 6, pp. 45-64.

5. Sometimiento del plan de reestructuración a los socios. Aplicación de la normativa societaria con excepciones

Al tratamiento de los socios se dedica de manera específica el artículo 631 del TRLC, que lleva por rúbrica *"decisión de los socios sobre la aprobación del plan"*.

El punto de partida es el principio general: *"Cuando el plan de reestructuración contenga medidas que requieran el acuerdo de los socios de la sociedad deudora, se estará a lo establecido para el tipo legal que corresponda"* (apartado 1). A ello se añade lo dispuesto en el apartado 3, que no aparecía en el borrador de Anteproyecto de Ley, que fue introducido en el Anteproyecto a raíz de las observaciones formuladas en el trámite de audiencia pública y que, además, ha experimentado cambios en su tramitación parlamentaria: *"Salvo por lo que respecta a la formación de la voluntad social de conformidad con lo provisto en este artículo y a la protección de los acreedores, cualquier operación societaria que prevea el plan deberá ajustarse a la legislación societaria aplicable. En particular, en el caso de que el plan prevea una modificación estructural, los acreedores a los que afecte el plan no tendrán derecho de oposición"*.

Con estas dos previsiones, como puede comprobarse, se está queriendo decir que las medidas integradas en el plan de reestructuración que requieran *"el acuerdo de los socios de la sociedad deudora"* (léase, el acuerdo de la junta general) se habrán de adoptar con sujeción a la normativa societaria de aplicación. Se ha añadido, no obstante, la advertencia (que no estaba en el texto del Proyecto) de que en caso de modificación estructural los acreedores afectados por el plan no tendrán el derecho de oposición que en condiciones normales les concede la LME.

Se está así enfatizando que, cuando entre las medidas incluidas en el plan de reestructuración haya una o algunas que requieran de la adopción de un acuerdo en junta general, será de aplicación la normativa del tipo societario de que se trate, y ello exigirá que los socios se pronuncien respecto de esas concretas medidas mediante la adopción de un acuerdo societario. Además, el añadido del apartado 3 parece referirse a que también habrá de respetarse, más allá de la exigencia de acuerdo en junta general, el resto de la normativa societaria aplicable a la operación societaria propuesta, con las especialidades establecidas.

Entre esas especialidades se encuentra la muy relevante del apartado 4 del artículo 631, que no estaba en el Proyecto y se introdujo durante la tramitación parlamentaria de la Ley de Reforma: *"Cuando se solicite la homologación de un plan de reestructuración en estado de insolvencia actual o inminente de la sociedad deudora, los socios no tendrán derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones o en la asunción de las nuevas participaciones, en particular cuando el plan prevea una reducción del capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal y simultáneamente el aumento del capital"*.

Por otro lado, si —como es frecuente— en el plan de reestructuración se contempla la conversión de créditos en acciones o participaciones mediante un acuerdo de ampliación de capital por com-

pensación de créditos, este habrá de adoptarse con cumplimiento de los requisitos específicos de este tipo de acuerdos establecidos en la normativa societaria, que resultará de íntegra aplicación, salvo las especialidades contempladas en el TRLC, entre las que se encuentra la dispuesta en el artículo 632, según el cual *“a los efectos de la conversión de créditos en acciones o participaciones sociales, con o sin prima, se entenderá que los créditos a compensar son líquidos, vencidos y exigibles”*. Deberán respetarse también previsiones como las relativas a las formalidades exigidas (informe de administradores, informe de auditor), las atinentes a la ejecución del aumento o las correspondientes a los casos de suscripción incompleta. Igualmente, si entre las medidas figura una fusión o escisión, habrá de estarse a los requisitos de la LME.

6. Especialidades en materia de celebración de junta y adopción de acuerdos

Como se ha visto, el artículo 631.2 del TRLC dispone que en las sociedades de capital serán de aplicación las reglas generales, con determinadas *“especialidades”*. Seguidamente se desgranán esas especialidades en todo lo relativo a los aspectos formales del proceso de decisión.

6.1. Convocatoria

La primera especialidad es que entre la convocatoria y la fecha prevista de celebración de la junta general deberá existir un plazo de diez días, salvo que se trate de sociedades con acciones admitidas a negociación en un mercado regulado, en cuyo caso será de veintiún días (artículo 631.2.1.^º del TRLC). Se considera, así, que se está ante una materia urgente, que requiere de una rápida decisión de la junta general, lo que supone un no menor acortamiento de los plazos generales. Aunque nada se dice en la norma analizada, no debería haber inconveniente en que la decisión se tome en junta universal, supuesto en el que no sería de aplicación la especialidad analizada.

Por otro lado, la regla general es que la junta habrá de celebrarse antes de la solicitud de homologación del plan. Además, es lógico que así sea: primero el plan, después su aprobación por la junta y a continuación su homologación. Pero la Ley contempla la posibilidad de que la junta se celebre después de la solicitud de homologación: *“Si la junta no se hubiese celebrado con anterioridad a la fecha de solicitud de la homologación del plan, se podrá celebrar después siempre que hubiera sido convocada antes de esa fecha o el mismo día de presentación de la solicitud”* (artículo 631.2.2.^º del TRLC).

Además, si la junta no hubiera sido previa o simultáneamente convocada, el solicitante de la homologación podrá instar del juez que en la resolución de la admisión a trámite de la homologación convoque a la junta para su celebración en el plazo mencionado (artículo 631.2.2.^º del TRLC, párrafo segundo). De este modo, se establece, como excepción en materia de convocatoria de juntas generales de sociedades mercantiles, la posibilidad de instar al juez ante el que se solicite la homologación que, de forma directa, proceda a la convocatoria de la junta, sustituyendo así en este punto a los administradores de la sociedad (artículos 166 y 167 de la LSC). Aunque nada

se dice, se trata de una medida orientada a vencer posibles resistencias de los administradores a convocar la junta.

La norma se cierra con una previsión según la cual si la junta no hubiera sido convocada, no llegase a constituirse o no aprobara en todos sus términos el plan de reestructuración propuesto como máximo en el plazo de los diez o veintiún días desde la admisión a trámite de la solicitud de homologación, el plan se entenderá rechazado por los socios. Hasta que transcurran esos plazos, el juez no adoptará resolución alguna sobre la homologación.

6.2. Orden del día

Según el artículo 631.2.3.^a del TRLC, en la convocatoria de la junta, el orden del día se limitará exclusivamente a la aprobación o al rechazo del plan en todos sus términos, sin que se puedan incluir o proponer otros asuntos.

Esto significa, por un lado, que la junta que se pronuncie sobre el plan de reestructuración habrá de ser necesariamente extraordinaria. Por otro, que, al limitarse el orden del día a ese solo punto, no cabrá interesar el complemento del orden del día *ex* artículo 172 de la LSC para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada o *ex* artículo 519 de la LSC para las sociedades cotizadas. Además, no cabrá en la definición del orden del día y en la determinación de la propuesta de acuerdo otra cosa que no sea —como dice la norma— la aprobación o rechazo del plan en todos sus términos. La cuestión se plantea, así, en términos binarios: o se aprueba o se rechaza el plan en su integridad. No hay posiciones intermedias.

6.3. Derecho de información

Con arreglo al artículo 631.2.3.^a del TRLC, el derecho de información del socio se ejercerá exclusivamente respecto a este punto del orden del día, incluso si la sociedad es cotizada.

La limitación en cuanto al contenido del derecho de información resulta coherente con la establecida en la norma respecto del orden del día. Los artículos 196 y 197 de la LSC contienen la regulación general del derecho de información en las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades anónimas, respectivamente. En ambas normas se hace referencia a la extensión del derecho de información a los asuntos comprendidos en el orden del día de la junta. Si el orden del día de la junta se limita a la aprobación o rechazo del plan de reestructuración, es lógico que el derecho de información experimente esa misma limitación.

La previsión constituye, sin embargo, una excepción respecto del contenido del derecho de información en las sociedades cotizadas establecido en el artículo 520.1 de la LSC. La norma especial dispone que, cuando se somete el plan de reestructuración en este caso, los accionistas no podrán formular preguntas relativas a la información accesible al público facilitada a la Comisión del Mercado de Valores desde la celebración de la última junta general y al informe del auditor.

En cualquier caso, se echa en falta una adecuada coordinación entre la regulación general del derecho de información en los artículos 196, 197 y 520 de la LSC y la regulación específica de

ese mismo derecho en el artículo 631.2.3.^a del TRLC. Por ejemplo, en las sociedades anónimas, el artículo 197.1 del TRLC dispone que hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta, los accionistas podrán solicitar de los administradores las informaciones o aclaraciones que estimen precisas acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, o formular por escrito las preguntas que consideren pertinentes. En el caso de la junta general relativa al plan de reestructuración, se ha visto que se establece un acortamiento del plazo entre convocatoria y celebración: diez días. Ello implica, en la sociedad anónima, que el accionista dispone solo de tres días para dirigirse a la sociedad si desea formular su solicitud de información por escrito. Acaso se trate de una situación justificada en la urgencia en la aprobación del plan, pero no parece algo regulado a propósito por el legislador.

Por lo demás, se revela razonable entender que la única modulación del derecho de información es la establecida en el artículo 631.2.3.^a del TRLC respecto de su contenido, es decir, respecto de lo que puede ser objeto de la solicitud de información del socio o el accionista. El resto de los aspectos relativos a la regulación de ese derecho han de considerarse vigentes y, por tanto, aplicables⁵.

6.4. Adopción del acuerdo. Régimen de mayorías

Una de las principales especialidades es la relativa al régimen de mayorías necesarias para la adopción del acuerdo de aprobación del plan. Según el artículo 631.1.4.^a del TRLC, el acuerdo se adoptará con el *quorum* y por la mayoría legal ordinarios, cualquiera que sea su contenido, sin que resulten aplicables los *quorums* o las mayorías legales o estatutarias reforzadas que pudieran ser de aplicación a la aprobación del plan y a los actos u operaciones que deban llevarse a cabo en su ejecución.

Las consecuencias de esta previsión son varias. La primera, que no resultan de aplicación las reglas legales dispuestas con carácter general en que se establecen requisitos de *quorum* o mayorías reforzadas para la constitución de la junta y la adopción de determinados acuerdos que se consideran de singular relevancia para la vida de la sociedad. La segunda consecuencia es que no son de aplicación las previsiones que se pudieran haber establecido en los estatutos respecto de *quorums* reforzados de constitución de la junta o respecto de mayorías reforzadas para la adopción de acuerdos. Tampoco lo serán, lógicamente, eventuales disposiciones establecidas en pactos parasociales⁶.

Así las cosas, en la sociedad de responsabilidad limitada, para la aprobación del acuerdo bastará la mayoría ordinaria establecida en el artículo 198 de la LSC: los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social. No se computarán los votos en blanco. Por su parte, en las sociedades anónimas, el artículo 201.1 de la LSC

5 Es la opinión, entre muchos otros, de JUSTE MENCÍA, J. (2022). La junta de socios..., *op. cit.*, p. 59. *Vid.*, con carácter general sobre el derecho de información, GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2019). Impugnación de acuerdos sociales y conflictos societarios. En E. ORTEGA BURGOS (dir.), *Tratado de conflictos societarios*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 183-269.

6 Como dice GARCIMARTÍN, F. (2021). El conflicto socios-acreedores en la reestructuración preconcursal: 'recapitaliza o entrega'. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacendederecho.org/el-conflicto-socios-acreedores-en-la-reestructuracion-preconcursal-recapitaliza-o-entrega>: "a fortiori, también se deben entender desactivados los pactos parasociales que pudiesen indirectamente contravenir esta regla".

prevé que los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en la junta, entendiéndose adoptado un acuerdo cuando obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado⁷.

La finalidad de la especialidad analizada es evidente: evitar que las mayorías reforzadas establecidas legal o estatutariamente para la constitución de la junta o la adopción de acuerdos pudieran constituir un obstáculo a la aprobación del plan de refinanciación.

Se plantea aquí la duda de si bastará con la votación sobre el punto del orden del día consistente en la aprobación o rechazo del plan o si será necesaria una votación separada para cada una de las decisiones u operaciones societarias incluidas en el plan que requieran decisión de la junta general. El artículo 197 bis de la LSC establece como regla general que en la junta general deberán votarse separadamente aquellos asuntos que sean sustancialmente independientes. En este punto cabe entender que las operaciones societarias que forman parte del plan de reestructuración no son asuntos sustancialmente independientes del propio plan y que, por tanto, la votación del plan comprenderá también la votación de esas operaciones.

7. Impugnación del acuerdo

A la posibilidad de impugnación del acuerdo de aprobación del plan de reestructuración se dedica la previsión contenida en el artículo 631.2.5.^a del TRLC. Tiene el siguiente tenor: *"El acuerdo de la junta que apruebe el plan de reestructuración será impugnabile exclusivamente por el cauce y en el plazo previstos para la impugnación u oposición a la homologación. En el caso de que la junta se haya celebrado con posterioridad a la solicitud de homologación del plan, el plazo de impugnación comenzará para los socios en el momento en que se hubiese celebrado la junta. Las impugnaciones del acuerdo de la junta se acumularán a la impugnación u oposición al plan por parte de los acreedores, si las hubiese, y se tramitarán como cuestión incidental de previo pronunciamiento"*.

Como es conocido, el régimen general de impugnación de acuerdos sociales se contiene en los artículos 204 a 208 de la LSC. Lo que se trata es de determinar cómo la norma que se acaba de reproducir afecta a ese régimen general.

7.1. Cauce de impugnación

Según el artículo 207.1 de la LSC, para la impugnación de los acuerdos sociales se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil ("LEC"). Sin embargo, el artículo 631.2.5.^a del TRLC indica que el acuerdo que apruebe el plan solo será

⁷ Se ha cuestionado el relevante problema de la posible aplicación de las previsiones del artículo 190 de la LSC sobre privación del derecho de voto y otras consecuencias en los casos de conflicto de interés del socio y de las reglas relativas a operaciones vinculadas. El tema lo han tratado, entre otros, JUSTE MENCÍA, J. (2022). La junta de socios..., *op. cit.*, pp. 61 y 62; y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2022). La tutela de los socios..., *op. cit.*, pp. 19 y 20. Para este último, *"no existe suficiente fundamento alguno para sostener la pérdida del derecho de voto del socio conflictuado por no encontrarnos en alguno de los supuestos típicos del artículo 190.1 LSC y sin perjuicio de la inversión de la carga de la prueba ex artículo 190.3 LSC. No obstante, se aplicarán las reglas previstas para la dispensa de operaciones vinculadas y operaciones intra-grupo en cuanto a la eventual abstención de los administradores conflictuados, traslado de la carga de la prueba e informes previos que se establecen en los artículos citados"*.

impugnable por el “cauce” previsto para la impugnación o la oposición a la homologación, se entiende que del plan. Por tanto, el acuerdo societario de aprobación del plan podrá impugnarse, pero no a través del procedimiento ordinario de impugnación de acuerdos sociales, sino siguiendo las previsiones del propio TRLC para la impugnación o la oposición a la homologación.

El procedimiento de homologación judicial del plan se regula en los artículos 641 y ss. del TRLC. No es objeto de este comentario el análisis de ese procedimiento. Bastará con indicar los extremos que afectan a la materia analizada.

Según el artículo 641 del TRLC, la competencia para conocer de la homologación de un plan de reestructuración corresponderá al juez de lo mercantil que fuera competente para la declaración del concurso del deudor.

La impugnación de la homologación se regula, por su parte, en los artículos 653 y ss. del TRLC. El primero de ellos dispone que el auto de homologación del plan de reestructuración podrá ser impugnado ante la audiencia provincial. El artículo 656 del TRLC contiene una regla especial para los casos de impugnación del auto de homologación por los socios que no hayan aprobado el plan. Esta regla será objeto de análisis posterior. Lo que se está ahora examinando es algo distinto: el cauce por el que, en caso de acuerdo en junta favorable a la aprobación del plan, cabe formular impugnación del propio acuerdo de la junta. Otra cosa es la impugnación del auto de homologación del plan. La norma relevante es, por tanto, el artículo 658 del TRLC, que establece cómo se ha de proceder a la “*tramitación de la impugnación*”. Es de interés destacar que la impugnación se hará por los cauces del incidente concursal y que de la impugnación se dará traslado para oposición por quince días al deudor y a los acreedores. La sentencia no será susceptible de recurso (artículo 659 del TRLC).

Por otro lado, los artículos 662 y ss. del TRLC contemplan la posibilidad de tramitación de la homologación con contradicción de las partes afectadas. La iniciativa para acudir a esta posibilidad se concede al solicitante de la homologación. Según el artículo 662 del TRLC, en la solicitud de homologación, el solicitante podrá requerir que, con carácter previo a la homologación del plan de reestructuración, las partes afectadas puedan oponerse a esta. En tal caso, se seguirán también los trámites del incidente concursal, con determinadas especialidades establecidas en el artículo 663 del TRLC, entre las cuales destaca que la sentencia que se dicte no será susceptible de recurso.

Caben, pues, dos formas de tramitación de la homologación judicial del plan: con o sin contradicción previa de las partes afectadas. En el primer caso, el trámite de contradicción es anterior a la resolución judicial de homologación y determina que esta, que será del juzgado de lo mercantil, no sea susceptible de recurso. En el segundo, habrá trámite posterior de impugnación del auto de homologación ante la audiencia provincial.

La pregunta que se ha de formular es cómo afectan estas previsiones sobre oposición y/o impugnación de la homologación al procedimiento de impugnación del acuerdo de la junta general de aprobación del plan de reestructuración.

Si hay contradicción previa, la demanda de impugnación habrá de presentarse dentro del trámite de oposición y se sustanciará, con las correspondientes especialidades, ante el juzgado de lo

mercantil. Si no la hay, la demanda habrá entonces de formularse dentro del trámite para impugnación ante la audiencia provincial. En todos los casos se tramitará conjuntamente con las demás oposiciones o impugnaciones, según el caso, pero con una relevante especialidad, que será objeto de comentario independiente.

7.2. Plazo de impugnación

Como se ha visto, según el artículo 631.2.5.^a del TRLC, el acuerdo de la junta que apruebe el plan de reestructuración será impugnable exclusivamente en el plazo previsto para la impugnación u oposición a la homologación. Según el artículo 654 del TRLC, el plazo general de impugnación es el de los quince días siguientes a la publicación del auto de homologación en el Registro público concursal. No hay especialidades para los socios del deudor. Ese es, pues, el plazo dentro del cual se ha de formular la demanda de impugnación del acuerdo de aprobación del plan, lo que supone una relevante reducción respecto de la norma societaria (un año de caducidad desde la adopción del acuerdo, salvo en los casos de acuerdos contrarios al orden público —artículo 205.1 de la LSC—⁸).

Si hay trámite de oposición, el artículo 663.1.^a del TRLC dispone que la providencia que admita a trámite la solicitud de homologación se publicará en el Registro público concursal con indicación del lugar donde el plan queda a disposición de los acreedores afectados y, en su caso, de los socios, para que en un plazo de quince días desde su publicación registral puedan formular oposición. Ese será, pues, en tal caso el plazo para la presentación de la demanda de impugnación del acuerdo de aprobación del plan.

Las previsiones indicadas resultan de aplicación a los casos en que la homologación sea posterior al acuerdo de la junta. Será el supuesto normal. Pero cabe también —como se ha visto— que la junta se celebre después. Para tal situación, el artículo 631.2.5.^a del TRLC contiene igualmente una previsión específica: en el caso de que la junta se haya celebrado con posterioridad a la solicitud de homologación del plan, el plazo de impugnación comenzará para los socios en el momento en que se hubiese celebrado la junta. No parece que en este escenario pueda resultar de aplicación la especialidad puramente societaria del artículo 205.2 de la LSC, según la cual *"si el acuerdo se hubiera inscrito, el plazo de caducidad se computará desde la fecha de oponibilidad de la inscripción"*.

7.3. Legitimación

No se contemplan en el TRLC especialidades respecto de las reglas generales de legitimación para la impugnación de acuerdos sociales contenidas en el artículo 206 de la LSC.

⁸ Como resulta del artículo 205.2 de la LSC, la acción de impugnación de acuerdos contrarios al orden público no prescribe ni caduca. Esto es así en el régimen general. Cabría plantearse si esa regla debería considerarse subsistente o no en el caso de impugnación del acuerdo societario de aprobación de un plan de reestructuración. La respuesta se revela en principio negativa, porque parece que ha sido decisión del legislador que siempre y en todo caso, con independencia de los posibles motivos de impugnación (incluidas, por tanto, las infracciones del orden público), la acción de impugnación del acuerdo social se formule dentro del plazo establecido para la oposición o la impugnación de la homologación, según sea el caso.

7.4. Motivos de impugnación

Según el artículo 204.1 de la LSC, "*son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*". Añade el párrafo segundo que "*la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios*".

El TRLC no introduce de forma expresa especialidades o limitaciones respecto de los posibles motivos de impugnación del acuerdo de aprobación del plan de reestructuración. Lo que hace es remitirse al "cauce" previsto para la impugnación u oposición a la homologación. ¿Significa ello que solo podrán invocarse como motivos de impugnación las causas que se puedan alegar por vía de impugnación u oposición a la homologación, con exclusión, por tanto, de los motivos generales de impugnación del artículo 204 de la LSC? A favor de esta posición estaría la utilización del adverbio *exclusivamente* y la posibilidad de seguir una noción amplia del concepto *cauce*, comprensivo no solo de los trámites procesales, sino también de las causas o motivos de impugnación u oposición a la homologación. Se trataría, así, de limitar al máximo las posibilidades de impugnación por los socios disidentes del acuerdo societario favorable a la adopción del plan.

Hay también argumentos de peso para sostener que esa limitación no se da⁹. El primero surge de atender a la propia naturaleza de la acción de impugnación de acuerdos sociales: la revisión de su adecuación o no al ordenamiento, a los estatutos y al interés social de la compañía. Si se permite la acción de impugnación del acuerdo social, parece razonable que pueda serlo a través de las mismas infracciones que resultan del régimen general dispuesto en el ordenamiento societario, lógicamente con las necesarias adaptaciones y teniendo en cuenta las especialidades que resultan de aplicación a este singular tipo de acuerdos. En otro caso, esa acción quedaría privada de contenido y no sería más que, en realidad, una forma de impugnación u oposición al plan que no diferiría sustancialmente de la que ya tienen los socios en caso de rechazo del plan, salvo en el hecho de que se habría de tramitar de forma previa a la de la homologación en general, como después se verá.

Ello no debe ser obstáculo a que, además de resultar de preferente aplicación las especialidades previstas en el artículo 631.2 del TRLC en la configuración de posibles motivos de impugnación, el hecho de que se esté ante el supuesto singular de aprobación de un plan de reestructuración pueda tener incidencia en la propia determinación o configuración de los motivos de impugnación del acuerdo. Tal puede suceder, en especial, en la posible invocación de lesión al interés social y, en particular, en la posible alegación de que se esté ante un acuerdo abusivo de los previstos en el artículo 204.1 II de la LSC¹⁰.

9 Vid., FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2021). Propuesta de mejora de la transposición de la Directiva de reestructuración preventiva. *Almacén de derecho*. Recuperado de <https://almacendederecho.org/propuestas-de-mejora-de-la-transposicion-de-la-directiva-de-reestructuracion-preventiva>; IRIBARREN, M. (2022). Los socios en los planes de reestructuración..., *op. cit.*, pp. 126-129; y PULGAR EZQUERRA, J. (2022). El papel de los socios en reestructuraciones de empresas en crisis y la proyectada reforma del Texto refundido concursal. *El Notario del siglo XXI*, 104.

10 Sobre esta cuestión y respecto de la normativa general, *vid.*, GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2019). Impugnación de acuerdos sociales..., *op. cit.*, pp. 217-226.

Esta norma contiene una suerte de “tipificación legal” de los acuerdos abusivos como una subcategoría de los acuerdos contrarios al interés social, en los que cabe distinguir, así, dos supuestos: los acuerdos contrarios al interés social *stricto sensu* y los acuerdos que lo son por resultar constitutivos de un abuso de la mayoría. La norma contiene también una descripción de lo que se entiende por acuerdo abusivo.

Como es lógico, el acuerdo debe adoptarse en beneficio de los socios mayoritarios y detrimento injustificado de los minoritarios. No es necesario, en cambio, el daño al patrimonio social o, dicho de otra forma, puede haber acuerdos abusivos que no sean perjudiciales para el patrimonio social e incluso que resulten beneficiosos para este. Y es fundamental la exigencia de que el acuerdo no responda a una “*necesidad razonable*” de la sociedad.

El elemento clave en la determinación de si un acuerdo es o no constitutivo de abuso de la mayoría se coloca, así, en la justificación del acuerdo desde el punto de vista de la “*necesidad razonable*” de la sociedad.

La exigencia indicada ha de coherenciarse con el principio de la protección de la discrecionalidad empresarial o *business judgement rule* (artículo 226 de la LSC), de forma que el enjuiciamiento por los órganos judiciales de las decisiones tomadas con el voto favorable de la mayoría habrá de realizarse con cautela, sin invadir el ámbito de competencias propio del órgano soberano de la sociedad. En realidad, cuando se habla de “*necesidad razonable*” de la sociedad se está queriendo decir que para excluir el abuso no basta que el acuerdo no perjudique el patrimonio social. Es necesario algo más. Y ese algo más se sitúa en la existencia de una razón objetiva que, desde la perspectiva del interés social, justifique la adopción del acuerdo y el consiguiente sacrificio de la minoría. No es necesario que el acuerdo sea absolutamente imprescindible para la compañía¹¹. Pero sí ha de responder a una justificación objetiva que esté por encima del sacrificio de la minoría. Si no es posible encontrar esa justificación, para el legislador la conclusión es que el acuerdo se tomó con el objetivo de beneficiar a la mayoría y perjudicar a la minoría.

La justificación, en el caso de un acuerdo de aprobación de un plan de reestructuración, puede resultar relativamente sencilla. La propia necesidad o conveniencia del plan de reestructuración puede dar cobertura, en efecto, a la decisión desde la perspectiva de la exigencia de una necesidad razonable de la sociedad. No hace falta que ese plan de reestructuración sea la única alternativa posible; tampoco que ese concreto plan sea el único posible. Normalmente habrá de bastar con que se acredite que había una situación previa relativa a la solvencia de la compañía que justificaba el recurso al plan de reestructuración y que este, en cuanto a su contenido, era una de las opciones posibles.

No es descartable, de todas formas, que la invocación de esta previsión pueda utilizarse con especial intensidad por la minoría disidente contraria a la aprobación del plan de reestructuración y

¹¹ La práctica judicial viene entendiendo, en efecto, que, para determinar que se da la exigencia de una necesidad razonable en la adopción del acuerdo, basta con la existencia de una justificación objetiva que explique su adopción. Pueden citarse como ejemplo la Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 14 de diciembre de 2014 (JUR 2015\17354), la Sentencia de la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de febrero de 2015 (JUR 2015\173416), o las Sentencias de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de junio de 2019 (JUR 2019\190773) y 30 de noviembre de 2020 (JUR 2021\21966).

que en tales casos la discusión se centre en este posible motivo de impugnación. Conviene, aquí, una llamada a la prudencia y al equilibrio en la aplicación de esa norma cuando de lo que se trata es de la aprobación de un plan de reestructuración que está diseñado para salvar a la compañía. La regla ha de interpretarse y aplicarse —como todo en la vida— con sentido común y, en particular, teniendo en cuenta el necesario respeto a la discrecionalidad en la toma de decisiones y la propia llamada a la “razonabilidad” que se contiene en ese requisito. Deberá ser suficiente, así, con que la sociedad sea capaz de explicar el acuerdo en razones objetivas concretas vinculadas al desarrollo del objeto social para descartar el abuso de la mayoría. Y eso, en un plan de reestructuración concebido con arreglo a su finalidad natural, debería conducir a que las situaciones en que pudiera apreciarse abuso de la mayoría sean verdaderamente excepcionales.

De hecho, en la práctica, si se admite la posibilidad de impugnar el acuerdo social de aprobación del plan por los motivos del artículo 204 de la LSC, incluido el de la lesión al interés social y, dentro de esta categoría de acuerdos impugnables, la de acuerdos abusivos, la realidad será que las posibilidades de que la impugnación prospere se revelarán ciertamente reducidas si, como se dice, el plan se encuentra adecuadamente concebido y justificado¹².

Entre los posibles supuestos de impugnación del acuerdo aprobatorio del plan por la minoría disidente, la doctrina que hasta ahora se ha ocupado de la materia ha identificado uno concreto: aquel en que la minoría consiguiese demostrar que el acuerdo deja a los socios minoritarios en una posición económica peor de aquella en la que estarían en caso de un procedimiento concursal ordinario (normalmente con desenlace de liquidación)¹³.

En cualquier caso, se echa en falta una regulación más precisa de la materia. La sola remisión al “cauce” previsto para la impugnación de la homologación se antoja insuficiente y fuente, por tanto, de futuros problemas.

12 Vid., en este sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2022). La tutela de los socios..., *op. cit.*

13 El último que lo explica, con cita de esos autores, es GARCIMARTÍN, F. (2022). Derecho de preferencia y planes de reestructuración. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacendederecho.org/derecho-de-preferencia-y-planes-de-reestructuracion>: “Aunque no se reconoce expresamente una salvaguarda equivalente a la prueba del interés superior de los acreedores, ésta encuentra fácil acomodo en la cláusula del interés social: sería contrario al interés social un acuerdo de junta que dejase a los socios en una situación económica peor de la que estarían en un supuesto de liquidación concursal”. En términos semejantes se expresa FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2022). Socios y planes de reestructuración, *op. cit.*: “La cuota que los socios hubieran de percibir en la liquidación en el marco de un procedimiento concursal alternativo eficiente (probablemente, liquidación con enajenación de unidades productivas) funciona como umbral individual de conservación del valor por los socios de suerte que, contrario sensu, no puede aprobarse/homologarse un plan que no les preserve dicho valor”. Las cosas, sin embargo, no parecen tan sencillas, porque el interés social puede reclamar o al menos justificar la adopción del acuerdo desde la perspectiva de la necesidad razonable de la sociedad aunque los socios disidentes se encuentren en esa posición. Y, además, cabe imaginar un supuesto, expresamente contemplado por la norma, en el que los socios no recibirán nada: “cuando el plan prevea una reducción del capital social a cero [...] y simultáneamente el aumento del capital”, caso en el que los socios no tendrán derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones o en la asunción de nuevas participaciones. Precisamente las dificultades para poder reputar abusivo por contrario al interés social un acuerdo de este tipo son puestas de manifiesto por IRIBARREN, M. (2022). Los socios en los planes de reestructuración..., *op. cit.*, pp. 118 y 119. Se tratará, así, de dar soluciones concretas a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso.

7.5. Tratamiento de la acción de impugnación del acuerdo de aprobación del plan. La cuestión incidental de previo pronunciamiento

Según el artículo 631.2.5.^a del TRLC, *“las impugnaciones del acuerdo de la junta se acumularán a la impugnación u oposición al plan por parte de los acreedores, si las hubiese, y se tramitarán como cuestión incidental de previo pronunciamiento”*¹⁴.

Esta especialidad contiene dos elementos. El primero establece una regla de acumulación legal de la acción o acciones de impugnación del acuerdo de la junta a la impugnación u oposición al plan por parte de los acreedores.

Cabe la duda de qué ocurriría si no se presentan impugnaciones u oposiciones al plan por los acreedores. ¿No habrá entonces posibilidad de que los socios impugnen el acuerdo de aprobación del plan por la junta? Esa es, sin duda, una opción¹⁵. Otra sería entender que, si no hay impugnación u oposición al plan, la acción de impugnación del acuerdo social de aprobación del plan podría considerarse y se sustanciaría por el cauce de la impugnación o la oposición a la homologación, aunque no, claro, conjuntamente con impugnaciones u oposiciones de otros acreedores. Podría entenderse, así, que lo que establece esa previsión es simplemente una regla de acumulación de la acción de impugnación del acuerdo social a la impugnación u oposición al plan, si las hubiese, sustanciándose, en tal caso, como cuestión incidental de previo pronunciamiento. Pero se trataría de una interpretación que no resulta de manera natural de la norma, porque esta no se pronuncia al respecto.

También conviene detenerse en lo que viene a continuación. Se dice que, no obstante esa acumulación, las impugnaciones (del acuerdo social de aprobación del plan) se tramitarán como cuestión incidental de previo pronunciamiento. Es la segunda especialidad.

Parece que el legislador le ha cogido cierto gusto a utilizar la figura de la cuestión incidental de previo pronunciamiento en el ámbito de los procesos de impugnación de acuerdos sociales. Lo hizo en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (la “Ley 31/2014”), cuando en el artículo 204.3 *in fine* de la LSC estableció, respecto del tratamiento de determinados motivos de impugnación de acuerdos sociales¹⁶, que *“presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento”*. Y la misma remisión se hace ahora de nuevo, al regular la forma en que se ha de sustanciar la impugnación del acuerdo societario de aprobación del plan, dentro del procedimiento de oposición o impugnación a la homologación del propio plan.

14 Por la propia naturaleza de la cuestión incidental de previo pronunciamiento, no parece que tenga sentido plantearse siquiera la posibilidad de adoptar la medida cautelar de suspensión de acuerdos sociales a que se refiere el artículo 727.10.^a de la LEC.

15 Se decanta por ella, aunque con una voz crítica, de hecho, SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (2021). *El socio y los planes de reestructuración*. Madrid: Lefebvre.

16 La norma se refiere a los motivos de impugnación basados en (a) infracciones meramente procedimentales; (b) infracción del derecho de información; (c) participación en la reunión de personas no legitimadas; y (d) invalidez de uno o varios votos, o cómputo erróneo de los emitidos.

Así las cosas, en el caso de la tramitación de las solicitudes de homologación, sea con contradicción previa (oposición) o impugnación posterior, si el acuerdo de la junta de aprobación del plan es impugnado por alguno de los sujetos legalmente legitimados para ello, la impugnación se acumulará a las impugnaciones u oposiciones formuladas por los acreedores. Pero, aunque se tramitará todo conjuntamente por los cauces del incidente concursal, la impugnación del acuerdo de la junta habrá de resolverse antes y, además, siguiendo los trámites de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento reguladas en los artículos 387 y ss. la LEC. Parece que para el legislador, antes de entrar en la homologación, se ha de despejar la impugnación del acuerdo societario de aprobación del plan de reestructuración.

Según el artículo 387 de la LEC, son cuestiones incidentales *"las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso"*. Y para el artículo 390 de la LEC son cuestiones incidentales de previo pronunciamiento las que *"supongan, por su propia naturaleza, un obstáculo a la continuación del juicio por sus trámites ordinarios"*. La norma añade que, en tales casos *"se suspenderá el curso de las actuaciones hasta que aquéllas sean resueltas"*, previsión que se repite en el artículo 393.2 de la LEC. En cuanto a la sustanciación, el artículo 393.3 de la LEC dispone que *"el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado del escrito en que se plantee la cuestión a las demás partes, quienes podrán contestar lo que estimen oportuno en el plazo de cinco días y, transcurrido este plazo, el Secretario, señalando día y hora, citará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal, que se celebrará conforme a lo dispuesto para las vistas de los juicios verbales"*. Y el apartado 4 añade que *"formuladas las alegaciones y practicada, en su caso, la prueba que en la misma vista se admita, si la cuestión fuere de previo pronunciamiento, se dictará, en el plazo de diez días, auto resolviendo la cuestión y disponiendo lo que sea procedente respecto a la continuación del proceso"*.

Son varios los problemas o cuestiones que en este punto se suscitan, y seguramente los que se enuncian y tratan a continuación serán muchos menos de los que pondrá de manifiesto la aplicación práctica de estas previsiones.

Por de pronto, ha de tenerse en cuenta que, al disponer la Ley de Reforma que la tramitación se hará por los cauces de la cuestión incidental de previo pronunciamiento, la existencia de una demanda de impugnación del acuerdo de aprobación del plan de reestructuración comportará la suspensión del curso de las actuaciones, es decir, la suspensión de la tramitación de la homologación. Aunque para la sustanciación del incidente se establecen unos pasos muy tasados y breves, el solo hecho de que exista esa suspensión puede ya suponer un inconveniente para una rápida resolución sobre la homologación. Será recomendable, pues, dar la mayor preferencia posible a la gestión procesal del incidente.

En cuanto a los detalles de la tramitación, cabe destacar que se dará traslado a las partes para contestación por escrito en un plazo de cinco días (frente a los veinte de la contestación a la demanda en el juicio ordinario). La Ley de Reforma habla de las partes, lo que ha de entenderse referido a las partes del proceso de impugnación de acuerdos sociales, es decir, el demandante y la sociedad demandada (además de quienes se hayan podido personar, en su caso, para defender la validez del acuerdo ex artículo 206.4 de la LSC o al amparo del artículo 13 de la LEC). No parece que se

esté queriendo hacer referencia a todas las partes del incidente en el que se esté ventilando la homologación.

No dejan aquí de presentarse problemas relativos a la coordinación entre la normativa societaria y la normativa concursal. Hay uno de orden procesal. Como antes se ha visto, para determinar si los motivos de impugnación de un acuerdo de junta contemplados en el artículo 204.3 de la LSC son de carácter esencial o determinante (es decir, si son motivos de impugnación que válidamente se pueden invocar como fundamento de la acción y, de acogerse, comportar su estimación) se han de seguir los trámites de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento. Esta previsión final del artículo 204.3 de la LSC ha dado lugar a todo tipo de interpretaciones y ha tenido que ser aplicada por los tribunales con un eminente sentido pragmático, que la hiciera compatible con una tramitación normal del procedimiento. Ello, en la práctica, ha determinado que la tramitación de ese tipo de cuestiones se haya visto diluida o integrada dentro de la sustanciación del procedimiento principal¹⁷. El hecho, sin embargo, es que en el caso de una acción de impugnación de un acuerdo social de aprobación de un plan de reestructuración, los incidentes de previo pronunciamiento pueden aparecer dos veces. Primero, si se alegan motivos de impugnación de los previstos en el artículo 204.3 de la LSC, en la previsión final de esta norma. Y, después, en todo caso, en la regla del artículo 631.2.5.^a del TRLC, que regula la forma en que se ha de ventilar la acción, dentro del proceso general relativo a la homologación del plan.

Pongamos un ejemplo. Piénsese en una demanda de impugnación del acuerdo de aprobación del plan en la que se alega infracción del derecho de información (motivo específico de impugnación previsto en la letra b del artículo 204.3 de la LSC). Para establecer si se está o no ante un motivo de carácter esencial o determinante de la impugnación, debería tramitarse una cuestión incidental de previo pronunciamiento que, a su vez, debería producirse dentro de la cuestión incidental de previo pronunciamiento a través de la cual, según el artículo 631.2.5.^a del TRLC, debería dirimirse la propia acción de impugnación. Las complicaciones procesales pueden ser de lo más variado. Y, desde luego, se antoja una situación poco compatible con la celeridad que debe regir la sustanciación de la homologación misma, que es, al fin y al cabo, lo verdaderamente importante desde la perspectiva de los intereses que se busca proteger. La situación se podría haber resuelto mejor con una regulación propia y completa, sin necesidad de una remisión genérica a una figura —la de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento de la LEC— que no está inicialmente concebida para tratar este tipo de problemas. En todo caso, cabe esperar de los tribunales, de nuevo, una aplicación pragmática y de sentido común que, respetando las garantías básicas de las partes, permita una tramitación razonable en términos de tiempo y pasos. Lo normal será, así, que si se invoca uno de los motivos de impugnación del artículo 204.3 de la LSC, el carácter esencial o determinante de los motivos se plantee, discuta y resuelva dentro del propio trámite dado a la acción de impugnación del acuerdo de aprobación.

La norma del TRLC no contiene una previsión específica respecto del régimen de recursos que sería aplicable a la resolución que, dentro del incidente general de homologación, se dicte respecto de la acción de impugnación del acuerdo de aprobación del plan. Lo que hay es esa referencia a la cuestión incidental de previo pronunciamiento, que tiene también un régimen propio de recursos.

17 Vid. GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2019). Impugnación de acuerdos sociales..., *op. cit.*, pp. 201-206.

Veamos si ese régimen encaja o no dentro de la regulación general del proceso de homologación de un plan de reestructuración.

Según el artículo 393.5 LEC, *"cuando la cuestión se resuelva por medio de auto, si éste acordare poner fin al proceso, cabrá recurso de apelación, y si decidiere su continuación, no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda impugnar la resolución al apelar la sentencia definitiva"*. En el caso de las cuestiones incidentales, cuando son de previo pronunciamiento, como es el caso, su resolución ha de adoptar la forma de auto: *"Si la cuestión fuere de previo pronunciamiento, se dictará, en el plazo de diez días, auto resolviendo la cuestión y disponiendo lo que sea procedente respecto a la continuación del proceso"* (artículo 393.4 de la LEC).

Caben, en principio, dos opciones: que el auto estime o desestime la acción de impugnación del acuerdo de aprobación del plan.

Si el auto desestima la acción, lo normal será que se decida la continuación del trámite general de homologación del plan de reestructuración, de manera que esa decisión será impugnabile, en su caso, a través del mismo régimen de recursos de la resolución sobre la homologación misma. Como antes se ha visto, si la homologación se tramita sin oposición previa, el auto de homologación será susceptible de impugnación ante la audiencia provincial y será en ese recurso, por tanto, en el que podrá impugnarse también el auto desestimatorio de la acción de impugnación del acuerdo social de aprobación del plan. En cambio, si ha habido contradicción previa a través del trámite de oposición, el auto de homologación no es susceptible de recurso. La pregunta que entonces cabe hacerse es si en ese supuesto el auto desestimatorio de la acción de impugnación del acuerdo societario tendría el mismo tratamiento y, por tanto, no sería recurrible; o si, en cambio, existe o debería existir algún remedio de impugnación. No parece, sin embargo, que ese sea el caso. El auto desestimatorio de la cuestión incidental de previo pronunciamiento tiene como lógica consecuencia la continuación del proceso. No es susceptible de recurso, *"sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda impugnar la resolución al apelar la sentencia definitiva"*. Pero si esa posibilidad no existe porque el legislador ha dispuesto que la resolución definitiva no sea recurrible, esa misma consecuencia habrá de aplicarse al auto resolutorio de la cuestión incidental, sin que haya lugar a habilitar un remedio impugnatorio específico en este caso. Además, es razonable que así sea, porque si el auto de homologación no es susceptible de recurso, el mismo criterio ha de seguirse respecto de la decisión relativa a la impugnación del acuerdo societario, que el legislador ha considerado como esencialmente vinculada a la homologación.

Más problemas puede haber si el auto es estimatorio de la acción de impugnación del acuerdo de aprobación del plan. Con carácter general, la consecuencia directa de una resolución estimatoria de una acción de impugnación es la anulación del acuerdo societario de aprobación del plan. Nos encontraremos, así, con una resolución que deja sin efecto ese acuerdo, con carácter previo a la tramitación del incidente de homologación. ¿Puede seguir adelante en tales casos el proceso de homologación? Si ha habido un acuerdo de junta de aprobación del plan, es porque ese acuerdo era necesario para la propia viabilidad y existencia del plan de reestructuración. En tal situación, podría entenderse que la resolución impide la tramitación del procedimiento y que entraría en juego la previsión del artículo 393.5 de la LEC, según el cual el auto, cuando acuerda poner fin al proceso, es recurrible en apelación. No se oculta que ello sería una verdadera carga de profundidad contra la homologación judicial del plan de reestructuración y, en definitiva, contra el propio plan.

Cabe añadir otra posibilidad, acaso más sencilla que la anterior. Como ahora se verá, según el artículo 661.1 del TRLC, *"la sentencia estimatoria de la impugnación declarará la no extensión de los efectos del plan únicamente frente a quien hubiera instado la impugnación, subsistiendo los efectos de la homologación frente a los demás acreedores y socios"*. Podría plantearse que el auto estimatorio de la acción de impugnación del acuerdo societario de aprobación del plan ha de recibir el mismo tratamiento que una sentencia estimatoria de la impugnación a la homologación procedente de los socios disidentes e impugnantes, de manera que su única consecuencia sea la no extensión a estos de los efectos del plan, sin que, por tanto, se vea afectada la validez del acuerdo mismo de aprobación del plan por la junta. De nuevo, se estaría ante una lectura que, aunque no resulta de forma natural de la norma, puede presentarse como una solución razonable que acaben adoptando los tribunales. Veremos qué sucede cuando se plantee el problema.

En definitiva, en cualquier caso, el hecho de la utilización del cauce de la cuestión incidental de previo pronunciamiento puede dar lugar a problemas prácticos de relevancia que se podrían haber evitado con una regulación concreta y precisa de los pasos en que se ha de producir la sustanciación de una acción de impugnación del acuerdo de aprobación del plan de reestructuración, incluido el régimen de recursos y sus consecuencias dentro del proceso de homologación.

8. El rechazo del plan por los socios. Extensión del plan

8.1. Rechazo del plan

El plan de reestructuración puede ser aprobado o rechazado por los socios reunidos en junta. Será aprobado si se alcanza la mayoría legal ordinaria a que se refiere el artículo 631.2.4.^a del TRLC. No lo será si esa mayoría no se alcanza. Lo que habrá entonces es un acuerdo de rechazo del plan¹⁸. Existe, además, un supuesto de rechazo tácito: como dispone el artículo 631.2.2.^a del TRLC en su párrafo tercero, antes mencionado, *"si la junta no hubiera sido convocada, no llegase a constituirse, o no aprobara en todos sus términos el plan de reestructuración propuesto como máximo en el plazo de los diez o veintidós días desde la admisión a trámite de la solicitud de homologación, el plan se entenderá rechazado por los socios. Hasta que transcurran esos plazos, el juez no adoptará resolución alguna sobre la homologación"*.

¹⁸ La decisión de rechazo del plan puede encuadrarse en la categoría de los denominados acuerdos negativos. Vid., sobre esta cuestión, GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2019). Impugnación de acuerdos sociales..., *op. cit.*, pp. 187-188. El problema que este tipo de decisiones plantea es, a su vez, el de si son o no susceptibles de impugnación autónoma a través del proceso de impugnación de acuerdos sociales. Es un problema de tipo general, no exclusivo del supuesto ahora analizado. Respecto de este último, parece que el legislador ha optado por no permitir la impugnación de la decisión de rechazo del plan de reestructuración. Por un lado, el artículo 631.2.4.^a del TRLC solo se refiere al *"acuerdo de la junta que apruebe el plan de reestructuración"*. Por otro, como se verá, el artículo 656 del TRLC contempla un supuesto específico de impugnación del auto de homologación del plan para los casos en que no haya sido aprobado por los socios en la junta general.

8.2. Homologación judicial del plan de reestructuración en caso de rechazo por los socios. Consecuencias y efectos prácticos. Arrastre de los socios disidentes

La decisión sobre la aprobación o rechazo del plan ha de conectarse con los preceptos relativos a la exigencia de homologación judicial del plan de reestructuración. El artículo 635 del TRLC dispone que la homologación judicial del plan será necesaria *"cuando se pretenda extender sus efectos a acreedores o clases de acreedores que no hubieran votado a favor del plan o a los socios del deudor persona jurídica"* (regla 1.^a). Más adelante, el artículo 640.2 del TRLC establece que *"si el deudor fuera una persona jurídica, la homologación del plan de reestructuración requerirá que haya sido aprobado por los socios legalmente responsables de las deudas sociales. En caso de que estos socios no existieran, y el plan contuviera medidas que requieran acuerdo de la junta de socios, el plan de reestructuración se podrá homologar aunque no haya sido aprobado por los socios si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente"*. Quiere ello decir que la homologación del plan de reestructuración, para las sociedades en las que los socios no responden personalmente de las deudas sociales¹⁹, con carácter general y a salvo del supuesto específico de los artículos 682 a 684 del TRLC, solo requerirá la aprobación por los socios si el plan contiene medidas que requieran su acuerdo y la sociedad está en situación de probabilidad de insolvencia. No, si lo está en situación de insolvencia inminente o actual.

El procedimiento de homologación, por lo que ahora importa, termina, si todo va bien, con el auto de homologación. Como indica el artículo 649 del TRLC, una vez homologado, los efectos del plan de reestructuración se extienden inmediatamente a todos los créditos afectados, al propio deudor y, si fuera sociedad, a sus socios, aunque el auto no sea firme.

Se establece así, en caso de homologación judicial, el denominado "efecto arrastre" o de extensión de los efectos del plan a los socios que no lo hayan aprobado.

La consecuencia práctica de ese efecto se contempla en el artículo 650.2 del TRLC, que regula los actos de ejecución del plan homologado y dispone que *"cuando el plan contuviera medidas que requirieran acuerdo de junta o asamblea de socios y esta no las hubiera acordado, los administradores de la sociedad y, si no lo hicieren, quien designe el juez a propuesta de cualquier acreedor legitimado, tendrá las facultades precisas para llevar a cabo los actos necesarios para su ejecución, así como para las modificaciones estatutarias que sean precisas. En estos casos, el auto de homologación será título suficiente para la inscripción en el Registro mercantil de las modificaciones estatutarias contenidas en el plan de reestructuración"*.

Como puede comprobarse, las referencias al efecto arrastre de los denominados planes no consensuales lo son a los socios del deudor. Esto ha llevado a algunos operadores a cuestionarse si, en los planes no consensuales, sus efectos no se extienden al propio deudor si este no ha firmado el plan.

¹⁹ Son casos como los de las sociedades civiles o colectivas.

Es esta, sin embargo, una posibilidad que debe descartarse de plano. La esencia del efecto arrastre es la extensión del plan al deudor y a sus socios, cuando, en este último caso, entre las medidas del plan se incluye una o varias que requieren de la decisión de los socios reunidos en junta general según la normativa societaria general. No en vano ya no se habla de acuerdos de refinanciación, sino de planes de reestructuración. Si el plan es consensual, la participación del deudor estará en todas las fases del proceso, incluido el instrumento público en el que se formalice según lo previsto en el artículo 634 del TRLC. También, en el correspondiente acuerdo societario en el que, con el voto a favor de los socios, se tome la decisión que sea de su competencia. Ese acuerdo no solo reflejará la voluntad de los socios reunidos en junta, también la de la propia sociedad deudora, pues un acuerdo de junta no deja de ser una decisión directa de la sociedad expresada a través del órgano competente para ello.

Si el plan no es consensual, será firmado por quienes lo hayan suscrito, sin, por tanto, concurso del deudor. Pero el auto de homologación judicial suplirá en este caso la voluntad del deudor y producirá el efecto de la modificación de las relaciones entre el deudor y sus acreedores en los términos contemplados en el propio plan.

Es cierto que el artículo 635.1.º del TRLC, al hacer referencia a los casos en los que resulta necesaria la homologación judicial del plan, alude expresamente a aquellos en que se persiga la extensión de sus efectos a *"acreedores o clases de acreedores que no hubieran votado a favor del plan o a los socios del deudor persona jurídica"*, sin incluir una mención expresa al deudor.

Pero hay en la Ley múltiples referencias a la extensión del plan al deudor si necesidad de que este lo suscriba en caso de planes no consensuales. En primer lugar, el artículo 640 del TRLC dispone que si el deudor fuera persona natural, la homologación del plan de reestructuración requerirá que haya sido aprobado por este (apartado 1) y que, si fuera una persona jurídica, requerirá que haya sido aprobado por los socios legalmente responsables de las deudas sociales (apartado 2). En caso de que estos socios no existieran, y el plan contuviera medidas que requieran acuerdo de la junta de socios, el plan de reestructuración se podrá homologar aunque no haya sido aprobado por los socios si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente. Esto es evidencia de que la aprobación del deudor (al margen y con independencia de la voluntad de los socios) solo es precisa si el deudor es persona física o persona jurídica en la que haya socios personalmente responsables de las deudas sociales. No, por tanto, en el resto de los casos.

A ello cabe añadir que, para el supuesto especial de las empresas a que se refiere el artículo 682 del TRLC, el artículo 684.2 del TRLC dispone que la homologación solo podrá solicitarse si el deudor y, en su caso, los socios de la sociedad deudora lo hubieran aprobado. Y, como después veremos, para el caso de las denominadas microempresas, el artículo 698 establece respecto de los planes de continuación (el equivalente para ellas de los planes de reestructuración) que *"para su válida aprobación, el deudor y, en su caso, los socios de la sociedad deudora que sean legalmente responsables de las deudas sociales deberán dar su consentimiento al plan propuesto por los acreedores"*. Quiere ello decir que, cuando el legislador ha considerado que era preciso el consentimiento del deudor al plan (de reestructuración o de continuación), así lo ha establecido de manera expresa. La consecuencia es que, salvo en esos supuestos, en los planes no consensuales no es preciso el consentimiento expreso del deudor para que el plan surta efectos frente a este.

Adicionalmente, lo confirma que, como se acaba de decir, según el artículo 649 del TRLC dispone *"una vez homologado, los efectos del plan de reestructuración se extienden inmediatamente a todos los créditos afectados, al propio deudor y, si fuera sociedad, a sus socios, aunque el auto no sea firme"*. No se distingue entre el deudor persona física y el deudor persona jurídica.

Y también deben tenerse en cuenta las previsiones según las cuales el auto de homologación será título suficiente para realizar las correspondientes inscripciones en registros públicos, como ocurre con la inscripción de las modificaciones estatutarias precisas en el Registro mercantil (artículo 650.2 del TRLC). También el auto de homologación suple en este caso la voluntad del deudor, que con arreglo a la normativa societaria general debería expresarse mediante acuerdo societario adoptado en junta general.

8.3. Impugnación del auto de homologación del plan no aprobado por los socios

Como se ha explicado antes, el auto de homologación es susceptible de impugnación ante la audiencia provincial. En concreto, el artículo 656 del TRLC contempla un trámite expreso de impugnación para el caso del plan no aprobado por los socios. El trámite está reservado a los socios que hubieran votado en contra. Así lo dice el apartado 2: *"En el caso de que la aprobación del plan requiera acuerdo de los socios y estos no lo hayan aprobado, solo aquellos que hayan votado en contra tendrán legitimación para impugnarlo"*. Los motivos de impugnación aparecen tasados en el catálogo del artículo 656.1 del TRLC.

El primero es que el *"plan no cumpla los requisitos de contenido y de forma que se exigen en el capítulo IV de este título"* (punto 1.º). El segundo, *"que no haya sido aprobado de conformidad con lo previsto en el capítulo IV de este título"* (punto 2.º). El tercero, que *"el deudor no se encontrara en estado insolvencia actual o de insolvencia inminente"* (punto 3.º). El cuarto, *"que el plan no ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo"* (punto 4.º). Y el quinto, *"que una clase de acreedores afectados vaya a recibir, como consecuencia del cumplimiento del plan, derechos, acciones o participaciones, con un valor superior al importe de sus créditos"* (punto 5.º).

Los dos primeros motivos —como puede verse— están establecidos con amplitud y permiten la impugnación del plan en caso de infracción, tanto por el plan mismo como por el procedimiento de su aprobación. En particular, podrán hacerse valer eventuales infracciones de las *"especialidades"* establecidas en el artículo 631 del TRLC para la aprobación del plan por los socios. No hay, así, como se ha visto, una acción autónoma de impugnación de la decisión de rechazo del plan, pero esa decisión se puede cuestionar a través del incidente de impugnación del auto de homologación si en su adopción se ha infringido alguna de esas previsiones. Estos motivos son comunes a los establecidos por el artículo 654 del TRLC respecto de la impugnación por los acreedores.

El motivo tercero permite a los socios cuestionar que la sociedad se encuentre en estado de insolvencia actual o inminente, porque son los casos en que se puede producir el efecto arrastre sobre los socios cuando el plan no ha sido aprobado por estos.

El motivo cuarto, también dispuesto como posible motivo de impugnación por los acreedores (artículo 654.4.º del TRLC), será el cauce a través del cual los socios podrán cuestionar la viabilidad del plan y su aptitud para permitir que la sociedad supere sus dificultades y evite el concurso.

Finalmente, los socios podrán impugnar el auto de homologación en el caso de que una clase de acreedores afectados vaya a recibir, como consecuencia del cumplimiento del plan, derechos, acciones o participaciones con un valor superior al importe de sus créditos. Se interpreta así que, en tal caso, se impondría a los socios una dilución desproporcionada e injustificada, porque si en el plan se contempla la conversión de créditos en derechos, acciones o participaciones, ha de serlo por un valor que se corresponda con el importe de sus créditos²⁰.

En realidad, los posibles motivos de impugnación (especialmente los dos últimos) están formulados con tanta amplitud que, en la práctica, permitirán a los socios que no aprobaron el plan introducir alegaciones similares a las que se podrían hacer en caso de aprobación del plan por los socios en la acción de impugnación del acuerdo de aprobación; en ese caso, más por el cauce de la invocación del interés social²¹.

Si el solicitante de la homologación interesa la apertura del trámite de contradicción previa a la homologación, los anteriores motivos de impugnación lo serán de oposición a la homologación (artículos 662 y ss. del TRLC).

Por último, es relevante destacar que, según contempla el artículo 661.1 del TRLC, *"la sentencia estimatoria de la impugnación declarará la no extensión de los efectos del plan únicamente frente a quien hubiera instado la impugnación, subsistiendo los efectos de la homologación frente a los demás acreedores y socios. En este caso, si los efectos no se pueden revertir, el impugnante tendrá derecho a la indemnización de los daños y perjuicios por parte del deudor"*. Y el apartado 2 añade que *"como excepción a lo previsto en el apartado anterior, cuando la estimación de la impugnación se haya basado en la falta de concurrencia de las mayorías necesarias o en la formación defectuosa de las clases, la sentencia declarará la ineficacia del plan"*. Se está, de nuevo, ante previsiones cuya aplicación práctica puede presentar no pocos problemas.

9. El régimen especial

El título V establece un régimen especial para determinados tipos de sociedades. Según el artículo 682 ese régimen se aplicará a *"las personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional, siempre que, de acuerdo con el balance del ejercicio anterior al que se haga la comunicación o se presente la solicitud de homologación, reúnan las circunstancias siguientes: 1.ª. Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior no sea superior a cuarenta y nueve personas. 2.ª. Que el volumen de negocios anual o balance general anual no supere los diez millones de euros"*. Las especialidades no serán aplicables cuando la sociedad

²⁰ El propósito, como dice entre otros GARCIMARTÍN, F. (2021). El conflicto socios-creedores..., *op. cit.*, es evitar *"que los acreedores vayan a recibir más de lo que les corresponde y por consiguiente, estén expropiando el valor residual al que tienen derecho los socios"*.

²¹ Una reflexión semejante se puede encontrar en GARCIMARTÍN, F. (2021). El conflicto socios-creedores..., *op. cit.*

pertenezca a un grupo obligado a consolidar ni cuando el deudor tenga la condición de microempresa y deba quedar sujeto al procedimiento especial del libro tercero del TRLC.

En cuanto se refiere al papel de los socios en el plan de reestructuración en este tipo de sociedades, la regla es muy diferente a la hasta ahora comentada. Según el artículo 684.2 del TRLC, la homologación solo podrá solicitarse si el deudor y, en su caso, los socios de la sociedad deudora lo hubieran aprobado. No hay aquí, por tanto, posibilidad de efecto arrastre.

10. Microempresas y plan de continuación

El libro tercero del TRLC, en lo que es también sin duda una de las grandes y más comentadas novedades de la Reforma, contiene una regulación del procedimiento especial para las denominadas microempresas. Por tales se entenderán, según el artículo 685.1, *"los deudores que sean personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan las siguientes características"*: *"1.ª Haber empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores"*; y *"2.ª Tener un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud"*.

Este procedimiento podrá tramitarse como procedimiento especial de continuación o de liquidación (apartado 5). En el primer caso, habrá de proponerse un plan de continuación, que es en realidad el equivalente al plan de reestructuración aplicable en el procedimiento ordinario. Su tramitación se regula en los artículos 697 y ss. del TRLC. En el primero se establece que el plan podrá ser presentado por el deudor o por los acreedores. En concreto, el contenido del plan de continuación se contempla en el artículo 697 ter. Su apartado 2 dispone que *"cuando el plan contuviera medidas de reestructuración operativa éstas deberán llevarse a cabo de acuerdo con las normas que les sean aplicables"*.

Por otro lado, respecto de la aprobación del plan por el deudor, el artículo 698 dispone que *"para su válida aprobación, el deudor y, en su caso, los socios de la sociedad deudora que sean legalmente responsables de las deudas sociales deberán dar su consentimiento al plan propuesto por los acreedores. Cuando el plan contenga medidas que afecten a los derechos políticos o económicos de los socios de la sociedad deudora, se requerirá igualmente el acuerdo de éstos, siendo de aplicación lo previsto en el libro segundo para la adopción del acuerdo"*.

En consecuencia, en el caso de las microempresas, si el plan contiene medidas que afecten a los derechos políticos o económicos de los socios, será necesaria la aprobación por estos reunidos en junta mediante la adopción del correspondiente acuerdo societario, que habrá de adoptarse con las especialidades antes explicadas respecto del plan de reestructuración. No se contempla aquí el efecto arrastre en el caso de rechazo del plan por los socios, al igual que ocurre con el llamado régimen especial de los artículos 682 y 684 del Proyecto. En caso de aprobación por los socios, a los disidentes les quedará el cauce de impugnación del acuerdo favorable.

11. El socio en el procedimiento concursal. En particular, en el convenio

La Reforma ha introducido previsiones que excepcionan el régimen ordinario cuando en el convenio se contemplan determinadas medidas que requieren de la adopción del correspondiente acuerdo en junta. Esas previsiones afectan directamente al contenido de los derechos de los socios y, por tanto, son también de oportuno tratamiento en este comentario.

De un lado, tenemos el artículo 399 bis del TRLC, rubricado "*aumento del capital en ejecución de convenio*". La norma dispone en su apartado 1 que si el convenio en que se hubiera previsto la conversión de créditos concursales en acciones o participaciones de la sociedad deudora fuera aprobado por el juez, los administradores de la sociedad deudora estarán facultados para aumentar el capital social en la medida necesaria para la conversión de los créditos, sin necesidad de acuerdo de la junta general de socios. En la suscripción de las nuevas acciones o en la asunción de las nuevas participaciones los socios no tendrán derecho de preferencia.

En este caso, como puede comprobarse, al contar el convenio con la aprobación judicial, la competencia para la adopción del acuerdo de aumento de capital se desplaza de la junta a los administradores. Y, además, se aclara que los socios no tendrán derecho de preferencia²².

Desde la perspectiva del papel del socio, la medida es así mucho más severa en sede de convenio que en sede de plan de reestructuración. Ello no quita para que puedan plantearse problemas; por ejemplo, si en caso de que el órgano de administración sea un consejo, el acuerdo sería susceptible de impugnación. No se olvide que, como establece el artículo 251 de la LSC, "*los administradores podrán impugnar los acuerdos del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de treinta días desde su adopción. Igualmente podrán impugnar tales acuerdos los socios que representen un uno por ciento del capital social, en el plazo de treinta días desde que tuvieren conocimiento de los mismos y siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción*" (apartado 1); y que "*las causas de impugnación, su tramitación y efectos se regirán conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la junta general, con la particularidad de que, en este caso, también procederá por infracción del reglamento del consejo de administración*" (apartado 2). No hay referencia alguna que permita o determine una excepción a la aplicabilidad de la normativa societaria en materia de impugnación de acuerdos sociales adoptados por el consejo en fase de ejecución de convenio, lo que puede conducir a entender que esa normativa resulta de aplicación en todo caso y que el acuerdo del consejo sobre el aumento

22 No se han tocado, sin embargo, los artículos 327 y 328 del TRLC, relativos a la propuesta de convenio de contenido alternativo con conversión de créditos en acciones o participaciones. El apartado 2 del artículo 328 del TRLC dice que "*para la adopción por la junta general de socios del acuerdo de aumentar el capital social por conversión de créditos concursales en acciones o participaciones de la sociedad concursada no será necesaria la mayoría reforzada establecida por la ley o por los estatutos sociales*". Esta previsión parece entrar en contradicción con la del artículo 399 bis del TRLC, salvo que se entienda que las dos opciones son posibles: sometimiento a la junta (sin mayorías reforzadas) o decisión directa de los administradores, sin necesidad de acuerdo en junta.

de capital contemplado en el convenio aprobado judicialmente es susceptible de impugnación, lógicamente, teniendo en cuenta las circunstancias en que se ha adoptado²³.

Por otro lado, el artículo 399 bis del TRLC establece en su apartado 2 que, *"aunque los estatutos sociales contengan cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones, las nuevas que se emitan en ejecución del convenio serán libremente transmisibles por actos inter vivos hasta que transcurran diez años a contar desde la inscripción del aumento del capital en el registro mercantil. Las nuevas participaciones sociales que se creen en ejecución del convenio serán libremente transmisibles hasta que transcurran diez años a contar desde la inscripción del aumento del capital en el registro mercantil"*. Se persigue así facilitar la libre transmisibilidad de las nuevas acciones o participaciones (aunque la norma solo habla de participaciones) y, con ello, su circulación, como medida que puede hacer más atractiva la decisión de convertir créditos en acciones o participaciones.

Frente al texto del Anteproyecto, el Proyecto incluyó una previsión relativa a los casos en que el convenio contemple una modificación estructural. Supone también relevantes excepciones a las reglas generales contenidas en la LME. El artículo 399 ter del TRLC, relativo a la *"fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo en ejecución del convenio"*, dispone en su apartado 1 que, en el caso de que el convenio previera la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo, los acreedores concursales no tendrán derecho de oposición. El apartado 2 añade que la inscripción de la fusión, de la escisión total o la cesión global de activo y pasivo que produzca la extinción de la sociedad declarada en concurso será causa de conclusión del concurso de acreedores. Esta previsión afecta, en realidad, a los acreedores, no tanto a los socios o accionistas de la sociedad concursada, de manera que resultará de aplicación lo dispuesto en la LME cuando en el convenio se contemple la fusión, escisión o la cesión global de activo y pasivo.

12. Valoración final

Lo expuesto permite hacer una valoración final. El modelo seguido por el legislador, que se ha calificado de híbrido o intermedio, contiene relevantes excepciones a las normas y principios generales del ordenamiento societario cuando en un plan de reestructuración se contemplan, como es habitual, medidas que según esas normas generales requieren su aprobación por los socios mediante acuerdo de junta. La tensión entre la viabilidad del plan y, en definitiva, de la propia sociedad y el respeto íntegro a los derechos de los socios se resuelve, así, en favor del primer elemento de la balanza. Pero la solución se puede considerar razonablemente equilibrada, porque esos derechos se respetan en forma adecuada y se parte de la base de que se ha de contar con la opinión de los socios, aunque a estos, si se muestran en contra, se les pueda aplicar el denominado efecto arrastre (o extensión de los efectos del plan y su homologación), en determinados supuestos y siempre tras darles la oportunidad de impugnar u oponerse a la homologación. E incluso la aprobación de los socios se hace imprescindible en determinados casos (como ocurre en el llamado régimen especial o con el plan de continuación de las microempresas).

²³ De nuevo pongamos un ejemplo. Si se limita a la ejecución de un convenio aprobado judicialmente, no parece que, al menos desde una perspectiva teórica, pueda ser fácilmente impugnado por entenderse contrario al interés social. Otra cosa es el resto de los posibles motivos de impugnación que se puedan formular contra el acuerdo.

Lo anterior no obsta para que haya aspectos de la reforma que habrían sido susceptibles de mejora, principalmente en elementos que, según se ha expuesto, afectan a la regulación de la tramitación procesal de los planes de reestructuración, su homologación y los mecanismos de reacción de los socios. En todo caso, cabe esperar de los tribunales una aplicación pragmática y de sentido común que permita una tramitación razonable, con respeto a las garantías básicas de las partes.

Bibliografía

- COHEN BENCHETRIT, A. (2021). La posición del socio ante la reestructuración en el anteproyecto de reforma concursal. *La Ley Mercantil*, 86.
- DÍAZ MORENO, A. (2022). El papel de los socios de la sociedad de capital deudora en la aprobación y homologación de los planes de reestructuración. *GAP- Gómez-Acebo & Pombo*, abril 2022.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2014). El envilecimiento de la posición del socio en la capitalización preconcursal de créditos bajo el Real Decreto-ley 4/2014. *La Ley Mercantil*, 1.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2021). Propuestas de mejora de la transposición de la Directiva de reestructuración preventiva. *Almacén de derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/propuestas-de-mejora-de-la-transposicion-de-la-directiva-de-reestructuracion-preventiva>.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2021). El derecho de preferencia en los aumentos de capital preconcursales. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/el-derecho-de-preferencia-en-los-aumentos-de-capital-preconcursales>.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2022). La tutela de los socios frente a los planes de reestructuración preventiva de su sociedad. *La Ley Mercantil*, 88.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2022). Socios y planes de reestructuración. *Almacén de derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/socios-y-planes-de-reestructuracion>.
- GARCIMARTÍN, F. (2021). El conflicto socios-acreedores en la reestructuración preconcursal: 'recapitaliza o entrega'. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/el-conflicto-socios-acreedores-en-la-reestructuracion-preconcursal-recapitaliza-o-entrega>.
- GARCIMARTÍN, F. (2022). Derecho de preferencia y planes de reestructuración. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/derecho-de-preferencia-y-planes-de-reestructuracion>.
- GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2016). ¿En qué supuestos podrá el socio negarse razonablemente a capitalizar su crédito en un acuerdo de refinanciación?; ¿Podrá un acreedor negarse a capitalizar su crédito en el convenio? *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, 37.
- GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2019). Impugnación de acuerdos sociales y conflictos societarios. En E. ORTEGA BURGOS (dir.), *Tratado de conflictos societarios*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 183-269.
- IRIBARREN BLANCO, M. (2022). Los socios en los planes de reestructuración en la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, 6, pp. 97-139.
- JUSTE MENCÍA, J. (2022). La junta de socios y los planes de reestructuración en el derecho proyectado. *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, 6, pp. 45-64.

PÉREZ MILLÁN, D. (2015). Los efectos de la sentencia de impugnación de aumentos de capital. En F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, I. FARRANDO MIGUEL y R. TENA ARREGUI (dirs.), *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos de las sociedades de capital*. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, pp. 527-542.

PULGAR EZQUERRA, J. (2022). El papel de los socios en reestructuraciones de empresas en crisis y la proyectada reforma del Texto refundido concursal. *El Notario del siglo XXI*, 104.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (2021). *El socio y los planes de reestructuración*. Madrid: Lefebvre.

VILLENA CORTÉS, F. B. y NIETO DELGADO, C. (2014). Capitalización de deuda y calificación concursal tras el Real Decreto-Ley 4/2014. *Diario La Ley*, 8357, 18 de julio de 2014.

Artículos

LA FINANCIACIÓN (INTERINA O NUEVA) EN EL CONTEXTO DE UNA REESTRUCTURACIÓN: UN ÚNICO Y DELICADO PUENTE HACIA UN DOBLE INCENTIVO

Eloi Coldeforns Papiol

Abogado del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Barcelona)

La financiación (interina o nueva) en el contexto de una reestructuración: un único y delicado puente hacia un doble incentivo

Este trabajo tiene por objeto analizar las seis principales modificaciones que la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, ha introducido en nuestra normativa concursal en lo que respecta al tratamiento de la financiación concedida al deudor en el contexto de una reestructuración o de las negociaciones para alcanzarla. Se presta especial atención al nuevo concepto de financiación interina y sus sutilezas prácticas, así como a los requisitos que el legislador impone al financiador para que este pueda aspirar al consabido doble beneficio de la protección frente a la rescisión y la mejora en la prelación de cobro en un escenario de concurso.

PALABRAS CLAVE:

REFORMA CONCURSAL, PLANES DE REESTRUCTURACIÓN, FINANCIACIÓN INTERINA, NUEVA FINANCIACIÓN, RESCISIÓN CONCURSAL, CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS.

Financing provided to a debtor in the context of a restructuring: a single narrow path towards the double incentive

This article analyses the six main changes that Law 16/2022 has introduced to the Spanish insolvency framework as regards the treatment of financing made available to a debtor in the context of a restructuring or the negotiations to restructure. It focuses on the new concept of interim financing and the practical subtleties involved, as well as on the requirements that the Spanish lawmaker imposes on the financier for it to receive the renowned double benefit of protection against clawback and priority payment in an insolvency scenario.

KEYWORDS:

INSOLVENCY REFORM, RESTRUCTURING PLANS, INTERIM FINANCING, NEW FINANCING, CLAWBACK, PRIORITY PAYMENT.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-10-2022

Colldeforns Papiol, Eloi (2022). La financiación (interina o nueva) en el contexto de una reestructuración: un único y delicado puente hacia un doble incentivo. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 101-119 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Muchos lectores habrán llegado a este artículo abrumados por los profundos cambios estructurales que sufren los institutos concursales y, muy particularmente, las reestructuraciones y su homologación judicial a raíz de la reciente reforma del texto refundido de la Ley Concursal ("TRLC"), introducida por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre ("Ley 16/2022"), para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 el Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (la "Directiva").

Ávidos de conocer qué novedades aporta la Ley 16/2022 en materia de incentivos para la financiación concedida al deudor en el contexto de una reestructuración, esos lectores quizá se sientan decepcionados al descubrir que no varían sustancialmente los efectos del doble régimen de protección legal ya existente en nuestro ordenamiento desde hace más de una década. Este régimen se compone, por un lado, de una protección legal frente a la rescisión concursal, desarrollada en los artículos 667 y 668 TRLC, y por otro, de una mejora en la prelación de cobro, en caso de concurso, de los créditos derivados de tales financiaciones, que se considerarán en un 50 % como créditos contra la masa (artículo 242.1.17.º TRLC) y en el 50 % restante como créditos con privilegio general (artículo 280.6.º TRLC).

Estas medidas atesoran ya una larga trayectoria en nuestra legislación concursal, desde que la Ley 38/2011 introdujera por primera vez el blindaje o *escudos protectores* frente a la rescisión, así como la mejora en la clasificación de créditos que supusieran nuevos ingresos de tesorería para el deudor, con exactamente los mismos porcentajes de distribución entre crédito contra la masa y crédito privilegiado general. A lo largo de los años, estas medidas fueron sufriendo modificaciones en sus características y requisitos de aplicación, pero sus principales elementos definitorios se han mantenido en todo momento reconocibles. La Ley 16/2022 no supone, en este sentido, un cambio de paradigma, y algunos autores no han dudado en criticar la falta de valentía del legislador, que podría haber aprovechado para, entre otras cosas, reforzar la mejora de prelación a un 100 % como créditos contra la masa (Pulgar Ezquerro, 2022: 169).

Sin embargo, antes de que perdamos la atención de nuestros exigentes lectores, sí hay que advertir de que nuestro legislador, espoleado por la Directiva, acomete una reforma relevante del alcance y requisitos de aplicación de este régimen dual de protección, que refuerza su utilidad como medida de estímulo de financiaciones concursales y, al mismo tiempo, le añade nuevas limitaciones para prevenir un uso abusivo.

En este artículo abordaremos las seis principales medidas introducidas por la Ley 16/2022 en este ámbito. A saber: (i) los nuevos términos de *financiación interina* y *nueva financiación*, que abren la puerta a que el régimen de protección se extienda expresamente a actos previos a la suscripción

del plan de reestructuración (apartado 2); (ii) el nuevo requisito de aprobación y homologación judicial de un plan de reestructuración como elemento indispensable para que la doble protección despliegue efectos (apartado 3), (iii) la nueva regla de mayoría de pasivo total afectado (apartado 4); (iv) la ampliación del alcance de las medidas a financiadores que sean personas especialmente relacionadas con el deudor (“PER”), como es el caso de los socios significativos (más de un 5 % del capital social en una sociedad cotizada, y más de un 10 % en una sociedad no cotizada), los administradores u otras empresas del grupo (apartado 5); (v) el desdoblamiento de la protección frente a la rescisión en el tradicional blindaje rescisorio y en una protección menor alternativa para aquellos casos en los que no se alcance la mayoría exigida (apartado 6), y (vi) el nuevo régimen de impugnación (apartado 7). Dedicaremos también un último apartado (8) a valorar algunas particularidades de la financiación interina en relación con la adopción de un plan de reestructuración, y acabaremos con algunas reflexiones finales.

2. Financiación que puede beneficiarse de la doble tutela legal

Por primera vez, y por influencia de la Directiva, nuestra normativa concursal reconoce expresamente que determinadas ayudas al deudor que preceden a la suscripción de una reestructuración pueden recibir la doble protección legal antes descrita. Antes de la reforma, la protección estaba circunscrita a la financiación concedida en virtud de un acuerdo de refinanciación. Con la entrada en vigor de la Ley 16/2022, en cambio, pasan a existir dos tipos de financiación preconcursal que pueden recibir la doble protección legal antes descrita: la *financiación interina* y la *nueva financiación*. Junto con ellas, el legislador protege frente a la rescisión concursal no solamente determinados actos u operaciones adoptados en ejecución del plan de reestructuración (artículo 667.1.3.^º), sino también determinados actos u operaciones previos a la adopción del plan (artículo 667.1.1.^º TRLC).

2.1. Noción de *financiación*

Antes de explorar las particularidades definicionales que diferencian a la financiación interina y a la nueva financiación, conviene detenerse en qué debe entenderse por *financiación*. Dado que el TRLC no aporta ninguna pista, se proponen dos posibles perspectivas.

A. Perspectiva de pasivo u obligacional

La primera perspectiva se centra en los efectos obligacionales (o no) que debe producir una *financiación* en el patrimonio del deudor. Desde esta óptica, cabría preguntarse si resulta posible emplear la noción de *financiación básica* contenida en el Plan General de Contabilidad (quinta parte), que comprende el patrimonio neto del deudor y la financiación ajena a largo plazo, destinados ambos a financiar el activo no corriente y a cubrir un margen razonable del activo corriente, así como a cubrir necesidades transitorias de financiación.

Vemos discutible que esta sea la intención del legislador concursal. El blindaje frente a la rescisión que concede el art. 667 TRLC tiene sentido en el contexto de una relación crediticia, y no en la aportación de fondos propios, que no genera un pasivo para el deudor¹. Asimismo, no se ve razón por la que una financiación ajena a corto plazo recibida por el deudor deba tener un tratamiento distinto que la financiación a largo plazo en lo que al potencial blindaje y prelación concursal se refiere.

Parece más acertado, a nuestro modo de ver, considerar que el término *financiación* comprende todo instrumento suscrito por el deudor que dé lugar a un *pasivo financiero* en los términos de la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 32 (Instrumentos financieros. Presentación). Esto es, cualquier pasivo que no se pueda clasificar como un instrumento de patrimonio y consista en (a) una obligación contractual del deudor de entregar efectivo u otro activo financiero a otra entidad, o de intercambiar activos financieros o pasivos financieros con otra entidad, en condiciones que sean potencialmente desfavorables para el deudor, o (b) un contrato que pueda ser liquidado con instrumentos de patrimonio del deudor, ya se trate o no de un instrumento derivado.

La definición expuesta, sin embargo, podría quedarse corta frente a la ambición —que no imposición— de la Directiva de que los Estados miembros dispensen protección a cualquier tipo de *ayuda financiera* que reciba el deudor. Esta noción, que no ha sido trasladada al TRLC, tiene la vocación de ser interpretada en sentido amplio, e incluye cualquier “*aportación de dinero o garantías de terceros, así como la entrega de existencias, materias primas y suministros, por ejemplo mediante la concesión al deudor de un plazo de reembolso más largo*” (considerando 66 de la Directiva). De entrada, como se puede apreciar, la Directiva contempla expresamente que una ayuda financiera puede tener un origen comercial (como las ventas de bienes con precio aplazado)². Pero además, se incluye como una forma de financiación, potencialmente susceptible de protección legal, cualquier apoyo al deudor que suponga, no inmediatamente, sino de manera potencial o contingente, la generación de un pasivo financiero. Es el caso del eventual derecho de reembolso por la prestación de garantías, la potencial obligación de recompra en contratos de descuento o *factoring*, o la obligación de amortización de futuras disposiciones de una línea de crédito concedida en el contexto preconcursal. Por ello, parece razonable matizar la definición contable anteriormente expuesta para que también los instrumentos potencialmente generadores de pasivo financiero puedan ser considerados financiación.

1 Al menos, no directamente. Una aportación por los socios de capital social o patrimonio neto al deudor podría, eventualmente, dar lugar a una declaración de dividendos. Por ello, tal vez se podría equiparar esta operación a una *financiación* para blindar frente a la rescisión concursal los pagos por dividendos recibidos por el socio aportante. Pero esta interpretación subvertiría por completo la lógica de nuestro sistema concursal, dado el potencial ilimitado de distribución de dividendos a los que puede dar lugar una participación en una sociedad.

2 Esto no excede de la noción contable de pasivo financiero anteriormente propuesta, que incluye también débitos por operaciones comerciales. Pero sí que va más allá del concepto de *crédito financiero* contenido, para los fines de la formación de clases, en el artículo 623.4 TRLC, y que excluye expresamente el pasivo comercial, salvo que haya sido cedido a una entidad financiera.

B. Perspectiva de flujo de caja

La segunda perspectiva se centra en la necesidad o no de que se produzca una entrada de fondos en el deudor para que un determinado acto o contrato se considere una *financiación*. Y es que hasta la aprobación de la reforma, el beneficio de prelación de cobro que nuestra normativa concursal dispensaba a los financiadores preconcursales estaba ligado a que la financiación supusiera para el deudor *nuevos ingresos de tesorería* (esto es, una entrada de dinero nuevo o *fresh money*)³.

Tras la reforma, el TRLC ha eliminado este requisito por completo de su texto. Y no se aprecian razones que justifiquen mantenerlo, por vía interpretativa, como un requisito implícito. Como se ha expuesto anteriormente, la vocación de la Directiva es que los Estados miembros puedan extender la protección legal a un abanico amplio de medidas de ayuda financiera, y, por lo tanto, la eliminación del término *nuevos ingresos de tesorería* del TRLC podría considerarse un paso del legislador español en esa dirección.

Pese a todo, se ha cuestionado que la refinanciación o aplazamiento de una deuda preexistente, o cualquier otra *ayuda financiera* concedida por un acreedor existente que no suponga una inyección de fondos en el deudor, deba poder beneficiarse de la protección legal (Pulgar Ezquerro, 2022: 154; en una línea parecida, aunque con matices, Vázquez Esteban, 2022: RR-6.3). La razón es que hacerlo conllevaría que absolutamente cualquier medida (espera, quita, capitalización de deuda, modificación de las condiciones de la deuda, etc.) acordada en el contexto de una reestructuración se equipararía a la concesión de financiación. Y, a su vez, provocaría el absurdo de que toda la deuda preexistente reestructurada debería beneficiarse del régimen privilegiado de cobro (al ser este uno de los dos efectos que, como hemos visto, el TRLC concede a la financiación interina y nueva financiación) y desembocaría en una *hipertrofia* de créditos contra la masa en un eventual concurso (Vaquerizo Alonso, 2019: 468).

No obstante, debería ser posible hallar un punto intermedio entre un insostenible *café para todos* preconcursal y la reintroducción, por vía interpretativa, de la histórica (y restrictiva) regla del dinero nuevo:

- i. En primer lugar, como bien plasma la definición de *ayuda financiera* de la Directiva, hay prestaciones que un tercero (sea o no acreedor existente) puede llevar a cabo en beneficio del deudor y que no necesariamente suponen nuevos ingresos de tesorería. Es el caso de la entrega de garantías (entre las que destacan, singularmente, avales bancarios) o la venta de bienes al deudor con un aplazamiento del plazo de pago. Lo relevante en estos casos es que la relación jurídica entre el tercero (ya sea o no acreedor preexistente) y el deudor por la que específicamente se preste la ayuda financiera se haya originado en el contexto temporal al que están ligados los conceptos de financiación interina y nueva financiación (véase apartado 2.2), y no que dicha ayuda suponga una entrada de caja para el deudor. En estos casos, si se cumplen los requisitos

³ Vid. artículo 704.1 TRLC previo a la aprobación de la Ley 16/2022.

previstos en cada caso por el TRLC, cabría sostener que dicha ayuda financiera podría beneficiarse de la doble protección.

- ii. En segundo lugar, lo único que conduce a un escenario disparatado es la mejora generalizada en la prelación de cobro de la deuda existente que sea renegociada o refinanciada. No así que dicha renegociación o refinanciación se beneficien, junto con las nuevas garantías que el deudor preste al acreedor correspondiente, del blindaje frente a la rescisión concursal, que es el otro de los dos efectos que el TRLC concede a la financiación interina y nueva financiación (en sentido parecido, Vázquez Esteban, 2022: RR-6.3; así lo reconoce también Pulgar Ezquerro, 2022: 154, 155).

Dicho blindaje puede parecer obvio en lo que respecta a la medidas que afectan al pasivo existente adoptadas en virtud del propio plan de reestructuración. Estas, ya supongan o no nuevos ingresos de tesorería, serán actos de ejecución del plan de reestructuración, y merecerán protección al amparo del artículo 667.1.3.º TRLC. Pero la cuestión no es tan evidente en el caso de las medidas previas a la adopción de dicho plan. Para que, antes de la firma del plan, un acreedor existente esté dispuesto a conceder un aplazamiento en el vencimiento de sus créditos, o un nuevo acreedor acepte financiar al deudor para que este cancele deuda existente, estos deberán tener una mínima certidumbre de que las medidas adoptadas, así como las garantías que reciban a cambio, pueden llegar a beneficiarse el blindaje rescisorio. Para este único fin, por lo tanto, consideramos que las renegociaciones o refinanciaciones de deuda previas a la adopción del acuerdo de reestructuración deben poder considerarse *financiación* o, al menos, actos que puedan ser razonables e inmediatamente necesarios para el éxito de las negociación (en los términos del artículo 667.1.1.º TRLC), siempre que atiendan a alguna de las finalidades que caracterizan a la definición de financiación interina (y que exploramos con más detalle en el apartado 2.2).

Como se verá en los apartados siguientes, el legislador ya ha introducido requisitos formales y materiales específicos destinados a evitar un uso abusivo de la financiación interina y la nueva financiación. Por ello, y con las salvedades de coherencia interna apuntadas, tal vez sea contraproducente que por vía interpretativa se incluyan límites adicionales al tipo de financiación, entendida por la Directiva como ayuda financiera, que puede optar a la protección legal.

2.2. Singularidades de la financiación interina y la nueva financiación

Sentada la noción de *financiación*, nos ocupamos ahora de los elementos característicos que definen cada submodalidad.

La financiación interina se define como aquella que *“en el momento de la concesión fuera razonable y necesaria inmediatamente, bien para asegurar la continuidad total o parcial de la actividad empresarial o profesional del deudor durante las negociaciones con los acreedores hasta la homologación de ese plan, bien para preservar o mejorar el valor que tuvieran a la fecha de inicio de esas negociaciones el conjunto de la empresa o una o varias unidades productivas”* (artículo 665 TRLC).

A su vez, la nueva financiación, es la que, *“estando prevista en el plan de reestructuración, resulte necesaria para el cumplimiento de ese plan”* (artículo 666 TRLC).

Exploramos a continuación las principales diferencias entre una y otra:

- i. *Contexto temporal.* Mientras que la nueva financiación es siempre contemporánea a la suscripción del propio plan de reestructuración (y, en muchas ocasiones, el financiador condicionará su eficacia a la homologación del plan), la financiación interina necesariamente se concede en un momento anterior a la homologación del plan. No aclara el TRLC a partir de qué momento una financiación se puede considerar interina y aspirar a beneficiarse de la doble protección legal. Lo que está claro es que el artículo 665 TRLC *no* exige (a) que se haya presentado previamente una comunicación de inicio de negociaciones o se hayan suspendido las ejecuciones singulares (aspecto en el que el legislador español se desvía claramente de la propuesta de la Directiva); (b) que el deudor se encuentre en situación de insolvencia probable, ni, estrictamente, tampoco (c) que existan ya negociaciones en curso entre el deudor y sus acreedores existentes, si bien su inicio deberá ser inminente para que la financiación responda a las finalidades que a continuación analizaremos (en contra, Pulgar Ezquerro, 2022: 149, considera que es necesario que se hayan iniciado las negociaciones, de cuya existencia se deberá dejar constancia escrita). Esta indefinición sobre el *dies a quo* parece deseada por el legislador concursal, quien en cambio sí aporta una mayor concreción temporal al definir la protección de la financiación interina en el contexto de los planes de continuación para microempresas (artículo 698 quinquies TRLC, que toma como referencia *“el comienzo del periodo de negociación y, en su ausencia, [...] los tres meses anteriores a la declaración del procedimiento especial de continuación”*).
- ii. *Finalidades.* La nueva financiación debe ser *“necesaria para el cumplimiento”* del plan. Se trata de un requisito algo más severo que el de, meramente, ser un acto de ejecución del plan (que es lo único que exigía, antes de la reforma, el artículo 698 TRLC al referirse a *“los actos, los negocios jurídicos y los pagos que se hubieran realizado en ejecución de [los acuerdos de refinanciación homologados]”*). Con todo, parece claro que la nueva financiación liga su suerte a la idoneidad del plan de reestructuración para asegurar la viabilidad de la empresa a corto y medio plazo.

En cambio, la financiación interina, que se concede antes de que se suscriba un plan de reestructuración, debe responder a, al menos, una de dos finalidades distintas.

Una es la continuación total *o* *parcial* de la actividad del deudor durante las negociaciones hasta la homologación. Que la Ley se exprese en estos términos⁴ permitiría entender que basta con que el financiador interino apoye la continuidad de una determinada rama de actividad del deudor, y no necesariamente de la actividad o activos del deudor en su conjunto. En otras palabras, si la financiación interina estuviera acompañada de la venta o discontinuación de otras ramas de actividad del deudor (o incluso, cabría plantearse,

⁴ Más amplios que los de la Directiva, que se refiere genéricamente a que *la empresa del deudor pueda continuar operando* gracias a la financiación provisional.

daciones de activos en pago de deuda existente), ello no debería, por sí solo, impedir que aquella se beneficiara de la protección legal.

La otra finalidad es la preservación o mejora del valor, a la fecha de inicio de las negociaciones, de la empresa o algunas unidades productivas del deudor. Esta segunda finalidad puede parcialmente solaparse con la primera, puesto que una preservación del valor de la empresa o unidades productivas del deudor requerirá, en la mayoría de casos, que dicha empresa o unidades mantengan su actividad. Ahora bien, con la mención a la *mejora* de valor, el legislador permite a las partes ir más allá y emplear la financiación interina para atender proyectos de crecimiento del negocio del deudor. La financiación no tendrá por qué servir para que el deudor atienda sus necesidades de liquidez existentes, sino que podrá destinarse a hacer frente a nuevas inversiones en bienes de capital (o Capex) (en contra, Vaquerizo Alonso, 2019: 501, quien apunta que la exigencia de inmediatez impide que la financiación interina pueda destinarse a inversiones).

- iii. *Vinculación con la finalidad o finalidades.* Ya hemos visto que la nueva financiación debe ser necesaria para el cumplimiento del plan. La financiación interina, en cambio, debe ser *razonable y necesaria inmediatez* para, al menos, una de las dos finalidades alternativas expuestas anteriormente. Nos centraremos, por su mayor rigurosidad, en los dos elementos de vinculación de la financiación interina con sus finalidades, que coinciden con los previstos en la Directiva.

Lo primero que debe apuntarse es que el juicio de valor debe hacerse con carácter *ex ante*, esto es, por referencia al estado de cosas en el momento de la concesión de la financiación interina, lo que no resulta fácil. Dado que esta valoración se llevará a cabo en un momento posterior, al solicitarse la homologación del plan, al juez tal vez le resultará complicado trasladarse en el tiempo para valorar adecuadamente la concurrencia de estos elementos de vinculación en el momento original (más al respecto en el apartado 3)⁵. Cabrá, por ello, un cierto riesgo de sesgo de confirmación.

No ofrece dudas el elemento de razonabilidad, que simplemente subraya la necesidad de valorar adecuadamente las consecuencias que la financiación interina probablemente vaya a tener sobre el patrimonio y la actividad del deudor. Esto permite tener en cuenta aspectos como, por ejemplo, si sus términos son o no de mercado atendiendo a la situación del deudor (Vaquerizo Alonso, 2019: 507 y 511).

Más estricto es el elemento de inmediata necesidad, porque interpretado en su literalidad parecería exigir tanto que (i) (por la necesidad) no pueda alcanzarse, sin esa financiación interina, una de las dos finalidades (continuación total o parcial de la empresa, o preservación o mejora de todo o parte de su valor), como que (ii) (por la inmediatez) el deudor no pueda permitirse esperar ni un minuto más. Al respecto del primer subcomponente, consideramos que no debe equipararse *necesidad* con ausencia de alternativas, pues la

⁵ Ello ha conducido a algunos autores que han analizado la Directiva, como Thery Martí (2018: 10), a sostener que estos elementos de vinculación deben aplicarse de manera rigurosa.

mera (y probable) existencia de dos o más opciones razonables al alcance del deudor (por ejemplo, dos propuestas de financiación interina de distintos financiadores, cada una con términos y condiciones distintos) impediría adoptar ninguna acción. Más bien, pensamos, *necesidad* debería aproximarse a una suerte de idoneidad de la financiación interina para dar respuesta a una circunstancia del deudor, patrimonial o de otro tipo, que está poniendo en riesgo la consecución de alguna de las dos finalidades. Este enfoque parecería acercar *necesidad* a la noción de *razonabilidad* que el TRLC ya impone separadamente y hemos visto antes, pero se diferencia nítidamente de esta última porque una financiación necesaria para responder a una de las dos finalidades podría no ser razonable si, al mismo tiempo, alejara al deudor de la otra finalidad.

En cuanto al segundo subcomponente, el de inmediatez, compartimos la crítica de la profesora Pulgar Ezquerro (2022: 150-151) de que no es fácil acotar qué es inmediato en un contexto de estrés. Vemos razonable, por ello, su propuesta de que este subcomponente se interprete como una exigencia de justificación de la urgencia de la financiación interina para la *viabilidad* de la empresa del deudor (y, añadiríamos, solo durante las negociaciones, no necesariamente más allá). Y que no se interprete, en cambio, como una exigencia de justificación de la inmediata disposición de los fondos de la financiación interina, porque la apertura de una línea de financiación cuya disposición se permita a lo largo de un plazo relativamente largo de tiempo puede ser necesaria inmediatamente para la viabilidad del deudor, aunque el deudor no necesite agotarla íntegramente en el momento de su concesión. Así, los créditos derivados de posteriores disposiciones, siempre que se originen antes del concurso, deberían poder beneficiarse de la doble protección legal.

3. La exigencia de homologación judicial del plan de reestructuración

La aprobación y homologación judicial de un plan de reestructuración es ahora un requisito para que la financiación interina o nueva puedan beneficiarse del doble régimen de protección legal. Desaparecen de nuestro ordenamiento los *acuerdos colectivos no homologados* y los *acuerdos singulares* de refinanciación, y el filtro judicial se convierte en indispensable.

Esta medida tendrá una repercusión práctica más bien relativa en lo que respecta a la nueva financiación y los actos adoptados en virtud del plan de reestructuración. Antes de la reforma, la homologación judicial ya había cobrado un notable protagonismo y uso generalizado, incluso en aquellos casos en los que no era necesario arrastrar a acreedores disidentes. Ello porque la homologación aportaba seguridad jurídica a los firmantes, en el momento de adoptarse la reestructuración, sobre el cumplimiento de los requisitos para la aplicación del doble régimen de protección legal. En cambio, con las modalidades *no homologadas* de acuerdo de refinanciación no había forma de conocer la opinión del juez sobre dicho cumplimiento hasta una eventual declaración de concurso.

En contraste, la exigencia de homologación del plan de reestructuración puede suponer un importante escollo para la financiación interina y los actos adoptados durante la negociación. La razón es que en el momento de concederse dicha financiación las partes aún no saben si se apro-

bará y homologará el plan, lo que puede desincentivar a posibles financiadores interinos ante la incertidumbre de si su financiación se beneficiará finalmente de la protección (en el mismo sentido, Vázquez Esteban, 2022: RR-6.6). Este dilema lo reconoce expresamente la Directiva, que en su considerando 68 permite que los Estados miembros *no* exijan la aprobación o confirmación del plan de reestructuración como requisito para dispensar la protección, y que en su lugar prevean un mecanismo de control *ex ante*. El legislador español no ha hecho uso de esta posibilidad, lo que a nuestro modo de ver puede no haber sido la decisión más acertada. Si la idoneidad de la financiación interina para satisfacer alguna de las dos finalidades apuntadas debe evaluarse por referencia al estado de cosas existente en el momento de su concesión, parece poco justificado condicionar completamente su protección a un evento futuro e incierto (esto es, la aprobación del plan y su homologación judicial)⁶.

Tal vez hubiera sido deseable que el legislador español, haciendo uso del margen de flexibilidad previsto en la Directiva, hubiera establecido un trámite de control judicial *ex ante* de la financiación interina, adicional a la homologación del plan de reestructuración. Las partes habrían podido acudir a él de manera opcional para obtener una confirmación de que concurren los requisitos para que la financiación interina se beneficie del régimen de protección. Y, naturalmente, para que ello hubiera sido posible, todos los requisitos tendrían que haberse podido verificar en el momento de la concesión. Por ejemplo, se habría podido permitir a las partes acreditar ante el juez, sin tener que esperar a la futura homologación de un plan de reestructuración, que la financiación interina cuenta con el apoyo de un porcentaje mínimo de acreedores sobre el pasivo total del deudor existente en ese momento (de hecho, en muchos casos, el deudor ya se vería contractualmente obligado a conseguir la aprobación de sus principales financiadores para poder incurrir en endeudamiento adicional) y que se cumplen también los requisitos materiales. Y, para este fin, el juez se habría podido servir de un informe emitido por un experto en la reestructuración previamente designado para supervisar el proceso de obtención de la financiación interina.

Pese a que el régimen contenido en el TRLC no ofrece estas flexibilidades e impone el requisito de la homologación del plan, nada impide que las partes traten de obtener un confort inicial suficientemente amplio del cumplimiento de los requisitos formales y materiales distintos de la propia homologación judicial del plan según lo expuesto en el párrafo anterior⁷, si es preciso, con la involucración de un experto en la reestructuración. Ello, además, debería servir de apoyo al juez en el eventual momento posterior en que este deba evaluar la solicitud de homologación, para permitir el, ya de por sí complicado, control de oficio de los requisitos de la financiación interina conforme al artículo 669 TRLC (en sentido parecido, Vaquerizo Alonso, 2019: 516, y Vázquez Esteban, 2022: RR-6.7) y minimizar el riesgo de impugnación u oposición al amparo del artículo 670 TRLC, al que nos referimos en el apartado 7.

6 En contraste, Pulgar Ezquerria (2022: 155) alaba la decisión del legislador al considerar que solamente merece protección aquella financiación preconcursal que "se presta respecto de compañías económicamente viables" (para lo cual, es presupuesto necesario que se alcance y se homologue un plan de reestructuración).

7 Sin embargo, disponer de un apoyo del 51 % del pasivo total del deudor en el momento de la concesión de la financiación interina no presupone necesariamente que el futuro plan de reestructuración vaya a afectar pasivo del deudor que, en ese momento, alcance dicho porcentaje (requisito formal previsto en el artículo 667 TRLC al que nos referimos en el apartado 4).

4. El requisito de mayoría de pasivo total afectado y su solapamiento con las mayorías de la homologación

Como segundo requisito formal, el plan de reestructuración debe afectar a un mínimo de un 51 % del pasivo total del deudor para que la financiación interina o nueva puedan beneficiarse del doble régimen de protección legal (con algunas especialidades para PER que veremos en el apartado 5, y la medida residual de exención de presunciones relativa de perjuicio que veremos en el apartado 6.2). Conviene hacer notar que este requisito se refiere a (i) la mera *afección* por el plan de reestructuración, lo que no significa necesariamente apoyo, y (ii) un 51 % del *pasivo total* del deudor, no meramente el pasivo financiero. Esto contrasta con el requisito de mayoría que se establecía en el TRLC previo a la reforma (antiguo artículo 606.1.3.º TRLC), que exigía el apoyo por una mayoría del 51 % del pasivo financiero para que un acuerdo de refinanciación pudiera ser homologado y blindado frente a la rescisión.

Ahora bien, este requisito de mayoría de pasivo total afectado debe considerarse adicional, y no alternativo, a las mayorías de apoyo al plan necesarias para la homologación del acuerdo de reestructuración (en el mismo sentido, Pulgar Ezquerro, 2022: 156, y Rodríguez Sánchez, 2022: 567). Esto es, una mayoría de dos tercios de todas las clases (y tres cuartos para clases con garantía real) para la aprobación de un plan consensual (artículo 638.3.º TRLC), o bien la aprobación por una mayoría simple de clases (incluyendo una con créditos privilegiados) o un mínimo de una clase que se encuentre *in the money* (junto con la aportación de un informe de experto), en el caso de un plan no consensual (artículo 639 TRLC).

Tratemos de imaginar qué supone este solapamiento de mayorías en términos prácticos. Supongamos que el deudor va a obtener nueva financiación y tiene un pasivo existente de "100", divisible en tres clases distintas (de "40", "30" y "30", respectivamente, la primera de las cuales está formada por créditos con garantía real). Se trata de un escenario moderadamente incómodo, pues no hay forma de alcanzar el mínimo de pasivo total afectado ("51") solamente con una clase, lo que obliga a afectar a un mínimo de dos clases. En este caso, si tomamos las dos primeras clases, esto conllevará que el plan *afecte* a "70" del pasivo total, bastante más de lo necesario, salvo que se decida excluir de las medidas del plan a parte de los créditos de algunas de las clases (lo que, sin embargo, incrementaría el riesgo de impugnación del plan si en una clase existiera disidencia). Con esta base de "70", para alcanzar un plan consensual será necesario un *apoyo* mínimo total de "50" (esto es, la suma de tres cuartos de la clase especialmente privilegiada de "40" y dos tercios de la clase no privilegiada de "30"). No parece un umbral demasiado exigente si tenemos en cuenta las complejidades del ejemplo. De hecho, cabrían escenarios hipotéticos más extremos, como por ejemplo que el plan afectara a una sola clase no privilegiada que representara el 51 % del pasivo total, en cuyo caso un apoyo mínimo al plan de reestructuración por un 34 % del pasivo total (esto es, dos tercios del pasivo adscrito a esta clase) sería suficiente para conseguir el doble régimen de protección legal.

El cálculo anterior podría variar si, en vez de nueva financiación, se hubiera concedido financiación interina. La financiación interina ya existe en el momento de la adopción del plan de reestructuración, por lo que podría verse afectada por él y formar parte de la base de cálculo para la doble

mayoría (siempre que el financiador no fuera una PER, como veremos a continuación). Sobre este extremo, nos remitimos a las consideraciones del apartado 8. No obstante, debe advertirse que la mera obtención por la financiación interina de la doble protección legal no es suficiente para considerar que esta es *afectada* por el plan. Haría falta, como prevé el artículo 616.1 TRLC, “una modificación de sus términos y condiciones”.

5. Alcance subjetivo de las medidas y especialidades para las personas especialmente relacionadas con el deudor

Con el régimen anterior, nada impedía que la financiación concedida por una PER pudiera beneficiarse del blindaje frente a la rescisión concursal si se otorgaba en virtud de un acuerdo de refinanciación (ya fuera o no homologado). Sin embargo, a las PER les estaba vedado el beneficio de la prelación de cobro, y sus créditos siempre se clasificaban como subordinados (ya supusieran o no nuevos ingresos de tesorería para el deudor), lo que en la práctica suponía, además, la extinción de sus garantías en sede concursal. Solo en algunas ocasiones puntuales a lo largo de la última década, el legislador concedió determinados beneficios de cobro a las PER⁸. Estas medidas, no obstante, eran transitorias, y no se aplicaban a concursos declarados después del plazo previsto en cada caso, por lo que su efecto incentivador fue limitado.

Tras la entrada en vigor de la Ley 16/2022, la doble protección legal queda permanentemente al alcance de cualquier tipo de acreedor, sea o no existente. También, específicamente, al alcance de una PER que preste financiación interina o nueva financiación al deudor. Naturalmente, esta mejora legal de prelación no exime a la PER financiadora de las posibles (y habituales) obligaciones contractuales que pueda haber asumido previamente, en contratos entre acreedores, de subordinar sus créditos presentes y futuros a los créditos de los acreedores *senior* del deudor (Pulgar Ezquerro, 2022: 164). Los pactos entre acreedores no impedirían la mejora de prelación, en concurso, de la financiación interina o nueva si concurren los requisitos previstos (salvo que se acordara expresamente su carácter subordinado respecto de todos los demás créditos contra el deudor conforme al artículo 281.1.2º TRLC). En la práctica, no obstante, estos pactos podrían limitar la capacidad de la PER de conservar cobros percibidos en contravención de las obligaciones asumidas.

En los casos de financiación por una PER, además, el TRLC endurece el requisito de mayoría de pasivo total afectado, puesto que exige que el plan afecte a más del 60 % del pasivo total del deudor (y no solamente a un 51 %). Además, no puede incluirse en la base de cálculo ninguno de los créditos de los que sea titular dicha PER, con la finalidad de que esta no pueda influir en el blindaje de su propia financiación. Ahora bien, parece claro, por la dicción del TRLC, que sí se incluyen en la base de cálculo los créditos de PER distintas a las que prestan la financiación interina o nueva

8 Por ejemplo, (i) la ampliación al 100 % del tratamiento como crédito contra la masa (también a financiaciones concedidas por PER) (D.A. 2.ª Ley 17/2014), o (ii) la clasificación como créditos ordinarios (y, por lo tanto, susceptibles de acceder a la mejora de prelación) de los derivados de financiaciones concedidas por PER que supusieran nuevos ingresos de tesorería para el deudor, aunque no fuera en el marco de un acuerdo de refinanciación (artículo 12 Real Decreto-Ley 16/2020).

que debe ser objeto de blindaje. Así, una PER que fuera acreedor existente del deudor podría liberarse de esta limitación utilizando una sociedad instrumental para conceder la financiación. Dicha sociedad financiadora probablemente también sería una PER, pero su empleo permitiría que el pasivo del que fuera titular la PER acreedora existente pudiera incluirse en la base de cálculo. En tal caso, si los créditos de la PER acreedora existente, integrados en la base de cálculo, fueran determinantes para que la financiación recibiera la doble protección legal, habría que valorar si el uso de la sociedad instrumental se podrá esgrimir por otros acreedores como motivo de impugnación del plan con arreglo al artículo 670 TRLC (véase apartado 7), o si constituye un supuesto de fraude de acreedores que, al no estar protegido por el blindaje, permite la rescisión de la financiación recibida. Es, de hecho, la existencia de esta última salvaguarda la razón por la que Pulgar Ezquerro (2022: 163) sostiene que no hace falta forzar la interpretación de la norma para que se excluyan de la base de cálculo los créditos de todas las PER.

Otra cuestión relevante es cuándo debe verificarse la condición (o no) de PER del financiador, sea en la fecha de concesión de cada crédito frente al deudor (que, en el caso de un crédito derivado de financiación interina, será una fecha anterior a la del plan), sea en la fecha de formalización del plan, a los fines de determinar si resulta de aplicación el endurecimiento del requisito de mayoría de pasivo total afectado. La cuestión es particularmente compleja en el caso de créditos ostentados por socios del deudor con participación relevante porque, por un lado, el artículo 283.1.1.º TRLC les atribuye la condición de PER en atención al momento del nacimiento del crédito (lo que encajaría con la primera de las tesis) y, por otro, el artículo 617.1 TRLC establece la regla general de que los créditos afectados pueden votar el plan atendiendo a su valor a la fecha de formalización del plan en instrumento público (lo que encajaría con la segunda de las tesis).

Esta cuestión entronca con un antiguo debate doctrinal y jurisprudencial originado durante la vigencia de la anterior legislación concursal. Esta exigía que el pasivo titularidad de PER se excluyera de la base de cálculo para las mayorías aplicables a acuerdos de refinanciación (antiguos artículos 599 y 607 TRLC), lo que también hacía necesario fijar el momento temporal de referencia (más detalles al respecto de este debate no resuelto en Martínez Ruiz, 2021: RL 1.165). Pese a ello, no pensamos que ese debate anterior sea completamente extrapolable al caso que nos ocupa, porque la mayoría del 60 % del pasivo total del deudor no es una mayoría de voto/respaldo (como todas las analizadas durante la vigencia de la anterior normativa), sino una mayoría de afectación por el plan. Cabría sostener, a partir de este matiz, que (i) en el cálculo de la mayoría del 60 % no se corre un riesgo de *voto* interesado por la PER financiadora, por lo que el momento en el que el plan se formalice no reviste especial relevancia, y (ii) en cambio, el momento de la originación del crédito es aquel en el que se incrementa el pasivo total del deudor y, por lo tanto, el único momento en el que la PER influye sobre la base de cálculo de la potencial mayoría de pasivo total afectado. Ello permitiría concluir que si el financiador era PER en el momento de la concesión su crédito, se excluiría de la base de cálculo del pasivo afectado, aunque hubiera dejado de ser PER al formalizarse el plan. Con todo, vemos también argumentos a favor de la tesis opuesta: la mayoría del 60 % del pasivo total se calculará en el momento de formalización del plan, no antes, así que es en ese momento en el que una PER podría influir de manera decisiva (aunque no fuera con su voto) en el cumplimiento de ese requisito. Y, por ello, que si el financiador no era PER al originarse el crédito, pero lo fuera en el momento de formalización del plan, su crédito se debería excluir de la base de cálculo del pasivo afectado. Habrá que ver de qué lado se decanta la práctica de mercado y jurisprudencial.

6. Doble modalidad de protección frente a la rescisión

El régimen de protección frente a la rescisión se desdobra en dos modalidades alternativas. La aplicación de una u otra depende de si los créditos afectados por el plan de reestructuración homologado alcanzan o no el umbral del 51 % del pasivo total del deudor, al que nos hemos referido en el apartado 4 anterior.

6.1. Blindaje frente a la rescisión

La primer modalidad, que es la única que existía hasta ahora en nuestro ordenamiento, es el blindaje completo de los créditos derivados de la financiación interina o nueva frente a la rescisión. Los créditos beneficiados por este blindaje serán inmunes a las presunciones absolutas o relativas de perjuicio para la masa y solamente podrán ser rescindidos si se prueba la existencia de fraude de acreedores.

Aunque el TRLC no lo dice expresamente, debe lógicamente interpretarse que la protección frente a la rescisión no beneficia solo a la financiación interina o nueva en sí misma, sino también a los actos accesorios a dicha financiación, como las garantías recibidas por el acreedor, por ser actos razonables y necesarios inmediatamente para el éxito de la negociación con los acreedores (en cuanto a las garantías de la financiación interina) o para la ejecución del plan (en cuanto a las garantías de la nueva financiación) (véase apartado 2, primer párrafo).

En lo que respecta a garantías prestadas por otras sociedades del grupo del deudor, el TRLC no prevé ninguna especialidad en este ámbito, por lo que habrá que estar al régimen general previsto en el artículo 652.2 TRLC. Esto es, la homologación del plan de reestructuración servirá para blindar también las garantías personales o reales prestadas por otra sociedad del grupo no sometida a dicho plan si la ejecución de esas garantías puede causar su insolvencia y la del propio deudor.

6.2. Inaplicación de presunciones relativas de perjuicio para la masa activa

La segunda modalidad de protección frente a la rescisión, alternativa al blindaje expuesto anteriormente, es de aplicación cuando el plan de reestructuración homologado afecta a menos del 51% del pasivo total del deudor. En tal caso, la financiación interina o nueva financiación quedará sujeta al régimen ordinario de rescindibilidad concursal, pero con una especialidad: no se le podrán aplicar las tres presunciones relativas de perjuicio para la masa activa contenidas en el artículo 228 TRLC (aunque sí, *a contrario*, las presunciones absolutas del artículo 227 TRLC).

Esta segunda modalidad de protección no es de aplicación a una financiación concedida por una PER. Si la PER no se puede beneficiar del blindaje rescisorio por no alcanzarse el umbral de pasivo más riguroso previsto para las PER (esto es, el 60 % del pasivo total del deudor, sin contar los créditos de la propia PER —véase apartado 5—), su rescindibilidad se regirá por el régimen ordinario. En la práctica, pues, la exención de presunciones relativas de perjuicio solo puede concederse a financiaciones que, por definición, nunca se verían afectadas por una de esas presunciones (la relativa a actos de disposición onerosos a favor de una PER, prevista en el artículo 228.1.º TRLC).

Así las cosas, la utilidad de la medida queda circunscrita a las otras dos presunciones relativas contenidas en el artículo 228 TRLC. Por un lado, la aplicable a la *“constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas”* (artículo 228.2.º TRLC). La inaplicación de esta presunción tendrá especial relevancia cuando la financiación interina o nueva no consistan en la entrega de dinero nuevo, sino en la renegociación o refinanciación de deuda existente (véase apartado 2.1). Por otro lado, la aplicable a los *“pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso si contasen con garantía real”* (artículo 228.3.º TRLC). Cuesta ver en qué casos se producirá este supuesto en el marco de la nueva financiación y la financiación interina, salvo que se amortice anticipadamente deuda existente gracias a una refinanciación.

Asimismo, debe destacarse que el TRLC no establece ningún porcentaje mínimo de pasivo total que deba verse afectado por el plan homologado para que entre en juego esta segunda modalidad de protección. La mera homologación del plan de reestructuración servirá, por lo tanto, para que dejen de ser aplicables las referidas presunciones relativas de perjuicio, aunque el plan afecte a un porcentaje irrisorio del pasivo total del deudor.

7. El régimen de control específico para la financiación interina y la nueva financiación

Es profundo el cambio que supone la Ley 16/2022 para el régimen de control judicial de los planes de reestructuración. El TRLC contiene ahora distintos listados tasados de motivos de impugnación u oposición, que varían en función de la tipología de plan adoptado, esto es, (i) ya se trate o no de un plan consensual (esto es, con aprobación por todas las clases), (ii) ya haya sido aprobado o no por los socios del deudor y, (iii) en lo que interesa a los fines del presente artículo, ya suponga o no conceder protección legal a financiación interina o nueva financiación.

El régimen de control judicial de la financiación interina y nueva financiación tiene tres fases distintas. La primera es un control de oficio por el propio juez al que se solicita la homologación del plan (artículo 669 TRLC), no solo de los requisitos formales de mayoría, sino también de los requisitos materiales, algo que resultará especialmente complejo sin apoyo técnico externo, como ya hemos observado en el apartado 3. Asimismo, el juez debe comprobar que la nueva financiación (no así la financiación interina) *“no perjudica injustamente los intereses de los acreedores”*, lo que implica otro complejo juicio de valor sobre si el doble régimen de protección recibido por el financiador (que, indirectamente, conlleva un sacrificio para los demás acreedores) se encuentra compensado por la mejora que el plan supone para la viabilidad o revalorización de la empresa (Rodríguez Sánchez, 2022: 556).

La segunda fase es un control judicial a instancia de cualquier acreedor que no haya votado a favor del plan y se oponga a, o impugne, la homologación. Están legitimados no solamente los acreedores afectados por el plan (quienes, además, conservarán sus derechos a impugnar el plan en tanto que acreedores afectados), sino también cualquier otro acreedor (artículos 670.1 y 2 TRLC). Los motivos de impugnación u oposición podrán ser, específicamente, (i) el incumplimiento de las mayorías para dispensar la protección (véanse apartados 4 y 5), (ii) el incumplimiento de los

requisitos legales (esto es, los elementos materiales que hemos analizado en el apartado 2.2), (iii) el perjuicio injusto de los intereses de los acreedores (lo que supone una duplicación sobre el control de oficio que, como hemos visto antes, ya debe ejercer el juez sobre este extremo), y (iv) solo para acreedores *no* afectados por las medidas del plan, que “*el plan no resulte necesario para evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo*” (que coincide, literalmente, con el motivo de impugnación disponible a acreedores afectados previsto en el artículo 654.4.º TRLC).

Estos motivos de impugnación u oposición están ligados a que se pretenda la doble protección legal de “*la financiación interina, la nueva financiación o los actos, operaciones o negocios realizados en ejecución del plan*” (artículo 670 TRLC). Sorprende, y es cuestionable desde una perspectiva sistemática, que no se prevea la impugnación de los actos y operaciones previos al plan distintos de la financiación interina (que no son, propiamente, actos de ejecución del plan), a pesar de que estos también pueden conseguir el blindaje frente a la rescisión conforme al artículo 667.1.1.º TRLC.

Dada la vinculación causal entre los motivos de impugnación u oposición y la referida doble protección legal, la consecuencia de que se estime alguno de tales motivos será, únicamente, que la rescindibilidad y clasificación de créditos de la financiación correspondiente se sometan al régimen general (artículo 670.3 TRLC). En cambio, ello no dará lugar a la ineficacia del plan de reestructuración ni a ninguno de los otros efectos previstos en el artículo 661 TRLC. Vemos razonable interpretar, no obstante, que si el único motivo de impugnación fuera que el pasivo afectado por el plan no alcanza la mayoría del 51 % del pasivo total del deudor, su estimación conllevara automáticamente la aplicación de la modalidad alternativa de protección (esto es, la no aplicación de presunciones relativas de perjuicio), que no exige un mínimo de pasivo afectado (véase apartado 6.2).

La tercera y última medida de control es una eventual acción de rescisión en caso de que el deudor fuera declarado en concurso en los dos años siguientes. A diferencia del régimen anterior a la Ley 16/2022, no solamente la administración concursal podrá ejercer la acción rescisoria (artículo 231 TRLC), sino también los acreedores que previamente hubieran solicitado a la administración concursal el ejercicio de dicha acción, quienes dispondrán de legitimación activa subsidiaria si la administración concursal no actuara en el plazo de dos meses desde la solicitud (artículo 232 TRLC). Aunque esto podría aumentar la litigiosidad en sede concursal, debe hacerse notar que la acción rescisoria solo podrá basarse en la existencia de fraude de acreedores, en la medida en que la financiación interina o nueva se beneficien del blindaje rescisorio del artículo 667 TRLC.

8. El impacto de la financiación interina en la formación de clases

Al margen de su elegibilidad para conseguir la doble protección legal, la financiación interina podría llegar a desempeñar un papel relevante en la formación de clases y la consecución de mayorías necesarias para la homologación del plan. Dado que los créditos por la financiación interina ya existirán en el momento de celebrarse el plan de reestructuración, pueden ser créditos afectados y, en tal caso, computar a efectos del voto del plan. De hecho, esto será lo habitual en el caso de financiaciones interinas puente, cuyo vencimiento suele fijarse en el corto plazo, pero

es posteriormente extendido en el marco de la reestructuración. En sentido contrario, Theyr Martí (2018: 29, nota al pie 42) considera que la financiación interina no debe votar porque, por definición, no resulta afectada por el plan.

La potencial doble condición de la financiación interina como sujeto paciente (esto es, pasivo beneficiario de una doble protección legal) y sujeto agente (esto es, pasivo computable en el voto del plan) plantea el interrogante de dónde habría que ubicarla en la formación de clases. Suponiendo que el plan que se va a votar afecte a un porcentaje de pasivo total del deudor superior al mínimo exigido, ¿deben anticiparse los efectos de la mejora en la prelación de cobro a esa fase de voto, aunque dicho beneficio esté supeditado a la homologación judicial del plan?⁹.

La respuesta tiene que ser claramente negativa. Dado que la mejora en la prelación depende de la homologación del plan, no puede tenerse en cuenta en una fase previa como es la de formación de clases y cómputo de votos. Ahora bien, si con posterioridad a la homologación del plan se planteara una segunda reestructuración de, entre otros, los créditos procedentes de la financiación interina, no cabe duda de que en ese momento sí que habría que tener en cuenta la mejora en la prelación de cobros de esos créditos a los fines de la formación de clases.

¿Qué ocurriría con las garantías reales que (en su caso) se hubieran otorgado a favor de la financiación interina? Siguiendo la lógica del razonamiento anterior, su blindaje frente a la rescisión no podría tenerse en cuenta antes de la homologación judicial del plan. Ahora bien, lo relevante para considerar el crédito derivado de la financiación interina como especialmente privilegiado es que este cuente, formalmente, con la garantía real en el momento de suscribirse el plan, con independencia de que esta se encuentre o no protegida frente a la rescisión. Por lo tanto, el correspondiente crédito derivado de la financiación interina se integraría en una clase o subclase de créditos con privilegio especial en la parte cubierta por el valor de la garantía.¹⁰

Si bien todo lo anterior parece lógico y coherente desde una perspectiva sistemática, conviene valorar ahora cuál sería la situación en el caso de la reestructuración de una financiación interina concedida por una PER (de nuevo, suponiendo que el plan alcanzara el umbral de pasivo total afectado, en este caso del 60 %). A partir de lo argumentado, el crédito procedente de dicha financiación debería considerarse subordinado e integrarse en una clase o subclase de créditos con ese rango, pues al no haberse aprobado y homologado aún el plan no se le podría reconocer la mejora en la prelación de cobro. Sin embargo, esto dejaría la financiación interina expuesta a la potencial imposición, mediante arrastre, de medidas de reestructuración contenidas en el plan que *castiguen* la condición subordinada de esa financiación.

¿Y si la financiación interina concedida por una PER se hubiera dotado de una garantía real? En ese caso, se plantearía el dilema entre (i) tener en cuenta esa garantía real (pues esta existe, aunque no se beneficie aún del blindaje) y considerar que el crédito es especialmente privilegiado, o

9 Lo que supondría tener que dividir en, como mínimo, dos partes el crédito derivado de la financiación interina. Un 50 % formaría parte de una clase (o subclase) de créditos contra la masa, y el 50 % formaría parte de una clase (o subclase) de créditos con privilegio general.

10 Asimismo, en un futuro concurso, la parte de crédito concursal cubierta por el valor de la garantía real recibiría el privilegio especial, y la parte restante sería un crédito con privilegio general, de manera consistente con la STS 313/2018, de 28 de mayo (ECLI ES:TS:2018:2011). Véase también Pulgar Ezquerro (2022: 165).

(ii) considerar que, como el crédito es (aún) subordinado, no debe tenerse en cuenta su garantía real porque en un eventual concurso se extinguirían automáticamente las garantías de los créditos de esa naturaleza (artículo 302.1 TRLC). No es un dilema fácil de resolver, pues —como se ha expuesto— colocar a la financiación interina concedida por una PER junto con los demás créditos subordinados podría dar lugar a medidas de reestructuración poco coherentes con la protección legal que el legislador concursal quiere conceder a este tipo de financiación para incentivarla.

Aunque añade mayor complejidad al proceso, tal vez una solución adecuada sería la creación de una clase separada en la que se integraran exclusivamente, por sus peculiaridades, los créditos por financiación interina concedidos por una PER. Proceder de este modo, sin embargo, solo diferiría el debate sobre la naturaleza de estos créditos a una eventual impugnación del auto de homologación. Y ello porque para apreciar si concurren determinados motivos de impugnación será necesario conocer el *rango* de esa clase respecto de las demás clases de créditos —así lo exigen, entre otros, los motivos previstos en los apartados 3.º (impugnación por conceder a una clase un trato menos favorable que el de otra clase del mismo rango) y 4.º (regla de la prioridad absoluta de clases de rango superior sobre clases de rango inferior) del artículo 655.2 TRLC—. Habrá, por ello, que esperar a los pronunciamientos de los jueces de lo Mercantil y Audiencias Provinciales para saber cómo se resuelve esta cuestión.

9. Dos consideraciones finales

Tal vez la aparición del concepto de *financiación interina* sea la mejora más significativa que la Ley 16/2022 aporta al TRLC en el ámbito de la protección de las financiaciones concedidas al deudor en el marco de un proceso de reestructuración. Como hemos ido desgranando a lo largo de este trabajo, la importación del concepto a nuestro ordenamiento en transposición de la Directiva puede facilitar el acceso por el deudor a recursos que le permitan preservar su viabilidad en el marco de las negociaciones de un plan de reestructuración. Sin embargo, la concesión de la doble protección legal a la financiación interina y sus garantías queda sujeta a (i) unos rigurosos requisitos materiales, (ii) unos requisitos formales cuyo cumplimiento dependerá del incierto evento futuro de que finalmente se suscriba y homologue un plan de reestructuración, y (iii) fases sucesivas de potencial control judicial. Todo ello podría ahuyentar a potenciales financiadores interinos y lastimar el efecto incentivador pretendido por la Directiva y nuestro legislador. Asimismo, la presencia de la financiación interina podría añadir complejidad al proceso de formación de clases en la medida en que dicha financiación fuera a resultar afectada por el plan de reestructuración. Por todo ello, pensamos que el éxito del mecanismo dependerá del enfoque más o menos facilitador con el que nuestros jueces y tribunales aborden el acceso de la financiación interina a la doble protección legal.

Asimismo, está por ver si la extensión del beneficio de prelación de cobros a las financiaciones concedidas por PER servirá para que estas apoyen al deudor en el marco de una reestructuración. Junto con la tradicional desconfianza del legislador concursal hacia las PER que la Ley 16/2022 trata ahora de suavizar, no podemos olvidar los posibles recelos de los demás financiadores externos del deudor ante un régimen de cobro para las PER que no sea el de una completa subordinación, tanto legal como contractual.

Bibliografía

MARTÍNEZ RUIZ, Lidia (2021). Comentario al artículo 599. En A. VEIGA COPO (dir.) y M. MARTÍNEZ MUÑOZ (coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*. Cizur Menor: Thomson Reuters (Legal) (1.ª ed.), vol. II, pp. RL-1.165 (consultado en versión electrónica).

PULGAR EZQUERRA, Juana (2022). Financiación interina, nueva financiación y planes de reestructuración en la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, 7, pp. 129-171.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia (2022). La protección frente a la rescisión de los planes de reestructuración en la proyectada reforma concursal. En A. DÍAZ MORENO, F. J. LEÓN SANZ, J. BRENES CORTÉS y S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ (dirs.) y P. CIFREDO ORTIZ y M. ORTIZ SÁNCHEZ (coords.), *La reestructuración como solución de las empresas viables*. Cizur Menor: Thomson Reuters (Legal) (1.ª ed.), pp. 545-574.

THERY MARTÍ, Adrián (2018). Los marcos de reestructuración preventiva en la propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016 (y II). *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 28, pp. 345-372.

VAQUERIZO ALONSO, Alberto (2019). La protección de los créditos derivados de la financiación nueva (*fresh money*) en las reestructuraciones preconcursales. En A. RECALDE CASTELLS, A. MARTÍNEZ FLÓREZ y N. BERMEJO GUTIÉRREZ, *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*. Cizur Menor: Aranzadi (1.ª ed.), pp. 461-521.

VÁZQUEZ ESTEBAN, Marina (2022). El acceso a la financiación de sociedades en el derecho preconcursal y la tutela de la nueva financiación. *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, 3, pp. RR-6.1-RR-6.10 (consultado en versión electrónica).

PLANES DE REESTRUCTURACIÓN Y AVALES ICO

Sebastián Sáenz de Santa María y Luis Jiménez López

Abogados del Área de Financiero, Concursal, Energía y Transporte de Uría Menéndez (Madrid)

Planes de reestructuración y avales ICO

La recién aprobada Ley 16/2022 de reforma del texto refundido de la Ley Concursal ha introducido un régimen especial para los créditos concedidos con aval público del Instituto de Crédito Oficial en el contexto del COVID-19 y la crisis de la guerra de Ucrania. Este régimen ha establecido importantes condicionantes a los efectos que los nuevos planes de reestructuración pueden imponer a estos créditos, dificultando así el fin último de la reforma: facilitar la reestructuración de la deuda de empresas viables. Este artículo analiza los condicionantes y aporta una visión práctica sobre los distintos escenarios que podrían darse.

PALABRAS CLAVE:

PLAN DE REESTRUCTURACIÓN, AVAL PÚBLICO, ICO, REFORMA CONCURSAL.

Restructuring plans and "ICO" guarantees

The recently approved Law 16/2022 amending the Insolvency Law has introduced a special framework for credits issued with the public guarantee of the Instituto de Crédito Oficial in the context of the COVID-19 crisis and Ukraine war. This framework has established important conditions on the effects that the new restructuring plans can impose on these credits, hindering the ultimate purpose of the reform: to enable viable companies to restructure their debt. This article analyses these conditions and provides a practical overview of the different scenarios that may arise.

KEYWORDS:

RESTRUCTURING PLAN, PUBLIC GUARANTEE, ICO, INSOLVENCY LAW REFORM.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-10-2022

Sáenz de Santa María, Sebastián; Jiménez López, Luis (2022). Planes de reestructuración y avales ICO. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 120-136 (ISSN: 1578-956X).

1. Origen y normativa aprobada hasta la fecha en relación con los avales ICO

El propósito de este artículo es desgranar las especialidades que resultarán de aplicación a los créditos avalados al amparo de las comúnmente conocidas como líneas de avales ICO-COVID en el marco de una reestructuración preconcursal al amparo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (la “Ley 16/2022”) y, en particular, a resultados del novedoso (y, todo sea dicho, poco claro) régimen que se regula en su disposición adicional octava (la “DA8”). Para ello, es necesario dar con carácter previo unas pinceladas sobre las distintas líneas de avales y los principales hitos legislativos que las han modificado o afectado con posterioridad a su aprobación para situar al lector en la maraña normativa en la que nos movemos¹.

1.1. Los avales del Real Decreto-ley 8/2020: Avales ICO COVID-19 Liquidez

En marzo de 2020, la emergencia sanitaria provocada por la pandemia del COVID-19 derivó en una paralización casi absoluta de la economía española. Ante dicha situación, el Gobierno aprobó dos líneas de avales, primero en marzo y posteriormente en julio, cuya principal función fue facilitar el acceso al crédito y la liquidez a empresas y autónomos para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

El Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (el “Ministerio”) otorgó estas líneas, pasando a garantizar la parte avalada del crédito bancario que se concediese al amparo de ellas, y su gestión quedó encomendada al Instituto de Crédito Oficial, E.P.E. (el “ICO”), entidad pública empresarial adscrita a dicho Ministerio.

La primera línea de avales fue creada por medio del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (el “Real Decreto-ley 8/2020”), tan solo unos días después de la declaración del estado de alarma.

La concesión de la primera línea de avales se autorizó por un máximo de 100.000 millones de euros, que quedaron divididos en cinco tramos, cuyas condiciones y requisitos de uso fueron desarrollados en los sucesivos Acuerdos del Consejo de Ministros². Esta primera línea fue conocida como la línea de avales liquidez ICO-COVID-19.

Las entidades financieras que quisieran participar debían estar registradas y supervisadas por el Banco de España y suscribir con el ICO un contrato o acuerdo marco que regulara las condiciones particulares con cada una de las entidades. Los contratos suscritos nos consta que fueron idénticos para todas las entidades.

¹ Agradecemos a Laura Barroso y Carmen Cuadrado su inestimable contribución a este artículo.

² En dichos acuerdos, entre otros, se fijaron la remuneración de los avales y los porcentajes máximos del aval, que en caso de pymes y autónomos asciende hasta un 80 % del importe total del crédito y hasta el 70 % en empresas que no tengan la condición de pyme y el 60 % en operaciones de renovación.

Otra característica importante de estos avales es que se concedieron en rango *pari passu*, tal y como se explicará en el apartado 1.3.

1.2. Los avales del Real Decreto-ley 25/2020: Avales ICO COVID-19 Inversión y Actividad

La segunda línea de avales fue creada por medio del Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo (el “Real Decreto-ley 25/2020”). En este caso, se aprobó la línea de avales por importe de hasta 40.000 millones de euros para promover nuevas inversiones en España.

Uno de los requisitos de elegibilidad de las entidades financieras era que ya tuvieran un contrato marco suscrito con el ICO a raíz de la línea de avales que creó el Real Decreto-ley 8/2020. Esta línea de avales también se concedió en rango *pari passu*.

La reciente línea de avales creada por el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania sigue la misma filosofía que las dos líneas aprobadas durante la pandemia.

1.3. Convenios suscritos entre el ICO y las entidades financieras

Las entidades financieras tuvieron que suscribir sendos contratos marco con el ICO (uno por línea) para poder beneficiarse de los avales que ambas líneas pusieron a su disposición.

Dichos convenios y, sus sucesivas adendas, contienen obligaciones que las entidades debían cumplir para poder beneficiarse en primera instancia de los avales y para, posteriormente, mantenerlos intactos y vigentes, sin perjudicarlos. Entre ellas, destaca la obligación de la entidad de no re-financiar o reestructurar las operaciones que tuviera suscritas antes del 17 de marzo de 2020, con el fin de evitar que las entidades financieras utilizaran este recurso no para aportar liquidez ante la crisis generada por la pandemia, sino para refinanciar deuda estructural “vieja” (cambiando así deuda sin garantía por deuda parcialmente avalada por el Estado).

Recordemos que los avales únicamente garantizan los pagos de principal (no de intereses, ni comisiones ni otros conceptos) y conforme al calendario de amortización (en ningún caso se garantizan supuestos de amortización anticipada ni tampoco la declaración de vencimiento anticipado por el banco). Es decir, excepto en financiaciones *bullet* (i. e., devolución única del principal total en la fecha de vencimiento), los impagos de principal de una financiación conllevarán tantas ejecuciones o reclamaciones (parciales) del aval como fechas de amortización de principal previstas en el calendario existan. Nótese que los convenios contemplan una situación muy concreta de qué se considera impago, que, entre otros requisitos, exige que, habiendo el cliente desatendido un pago, no hubiera regularizado su situación en un plazo de noventa días naturales desde la fecha de incumplimiento. Es decir, parecen querer ligar el impago con el plazo de mora que determina que las entidades clasifiquen un crédito como moroso.

Una característica fundamental es el rango *pari passu* que opera en todo momento entre la parte avalada y no avalada del crédito, sin que se pueda desgajar el crédito total entre el importe avalado y el no avalado, de manera que cualquier euro que la entidad recobre debe compartirlo con el ICO en proporción al porcentaje avalado. Lógicamente, siempre que el ICO haya atendido y desembolsado para entonces el importe derivado de la ejecución del aval. Si aún no se hubiera cobrado del ICO el importe del aval susceptible de ejecución, se reducirá el importe de aval en el porcentaje correspondiente sobre la cantidad recobrada.

Otra especialidad de los contratos marco es que alteran (entre el banco y el ICO como avalista) el orden contractual típico de imputación de pagos, en el que los intereses, gastos y costas preceden al principal, estableciendo que cualquier recuperación ha de compartirse con el ICO, como si de un pago de principal se tratase (así el contrato marco habla en genérico de “recuperación” con independencia del concepto que se pague).

1.4. El régimen de cobranza de los avales otorgados en virtud de los Reales Decretos-leyes 8/2020, 25/2020 y 6/2022: el Real Decreto-ley 5/2021 y los Acuerdos del Consejo de Ministros de 11 de mayo

El artículo 16 del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19 (el “Real Decreto-ley 5/2021”) regula un régimen de cobranza *ad hoc* para las líneas de avales de liquidez e inversión ICO-COVID, alejándose así del régimen general de cobranza de otros avales concedidos por la Administración pública. Asimismo, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021 vino a desarrollar dicho régimen de cobranza.

Se estableció la obligatoriedad de obtener la autorización previa de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (“AEAT”) para conceder aplazamientos, fraccionamientos y quitas por parte de las entidades financieras (so pena de perjudicar el aval público). En este sentido, dicho artículo permite la concesión de autorizaciones generales para conceder aplazamientos y fraccionamientos por medio de Acuerdo del Consejo de Ministros; es decir, el legislador ya previó la necesidad de regular un marco general de condiciones que, de cumplirse, harían innecesaria la autorización *ad hoc* de la AEAT y permitirían a las entidades financieras actuar con mayor libertad para conceder esperas y quitas que pudieran ser necesarias para aliviar una situación financiera delicada de las compañías.

Precisamente, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021 concedió dicha autorización general por un plazo máximo de doce meses (siempre que el aplazamiento se concediera antes del inicio de acciones judiciales de reclamación de la deuda avalada, pero ya se hubiesen producido impagos y ejecuciones de avales³).

Se autorizó al Consejo de Ministros para que, mediante Real Decreto, fijase las condiciones en las que las entidades podrán conceder quitas con carácter general. Condiciones que, a día de hoy,

³ “Previo al inicio de acciones judiciales para la reclamación de la deuda avalada y con impagos y avales ejecutados por parte de las entidades financieras, estas podrán conceder aplazamientos y fraccionamientos, hasta un máximo de doce meses. (...)”.

no han sido establecidas. Por lo tanto, la concesión de quitas se encuentra a expensas de la autorización de la AEAT, caso por caso, lo que redundará en una menor agilidad y mayor inseguridad jurídica en la aprobación de esta medida, por cuanto no existen unos criterios comunes aplicables a la generalidad de las situaciones.

Por otro lado, el artículo 16 del Real Decreto-ley 5/2021 dejó claro que los créditos derivados de la ejecución de los avales serán considerados pasivo financiero —y no créditos de derecho público— a efectos de “la homologación de los acuerdos de refinanciación” (siguiendo la nomenclatura de la nueva Ley 16/2022, a efectos de los nuevos planes de reestructuración). Finalmente, en caso de declaración de concurso del deudor avalado, el Real Decreto-ley 5/2021 prevé que los créditos derivados de la ejecución de los avales tendrán rango de crédito ordinario (se sobreentiende, y después lo dejó meridianamente claro el apartado 2 de la DA8, que sin perjuicio de la calificación como crédito privilegiado especial en caso de contar con garantías reales que permitan dicha clasificación).

Nos preguntamos en este punto si esta clasificación a efectos concursales juega como un suelo, un límite mínimo, por el que si el crédito avalado en su conjunto estuviese afectado por alguno de los motivos de subordinación (por ejemplo, por razones de administración de hecho o especial relación entre la entidad financiera y el deudor), la calificación como crédito subordinado solo se predicaría respecto de la parte no avalada por el Estado, beneficiándose la parte avalada de una suerte de inmunidad a la subordinación. En principio, no pareciera razonable que ello fuera así, pero dadas las prerrogativas que la normativa ha dado al aval del ICO y el tenor literal de la norma no es una interpretación descartable.

1.5. El Código de Buenas Prácticas

Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021, se aprobó el Código de Buenas Prácticas para el marco de renegociación para clientes con financiación avalada previsto en el Real Decreto-ley 5/2021⁴.

El Código de Buenas Prácticas, que era de adhesión voluntaria para aquellas entidades que canalizaron financiación con aval público desde el 17 de marzo de 2020, preveía tres medidas fundamentales: (i) la ampliación del vencimiento de los préstamos con aval público; (ii) el mantenimiento del aval público en casos de conversión en préstamos participativos; y (iii) la realización de transferencias por parte del Estado para reducir la financiación con aval público (las dos últimas son voluntarias para las entidades, mientras que la ampliación del vencimiento es obligatoria si se cumplen los requisitos allí previstos).

Su aplicación en la práctica ha sido residual y principalmente dirigida a empresas con un importe inmaterial de ayuda pública (salvo por lo que se refiere a la primera medida, la extensión del vencimiento, que sí nos consta su utilización frecuente en tanto que, de cumplirse los requisitos, su aplicación era obligatoria para las entidades y el ICO).

⁴ Modificado posteriormente por medio de Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 2021 y de 29 de marzo de 2022 para, entre otras medidas, flexibilizar condiciones y aumentar los importes máximos de remuneración y plazo de duración del aval.

1.6. La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal y el nuevo régimen de formación de clases en el marco de los Planes de Reestructuración

La Ley 16/2022 ha reformado el texto refundido de la Ley Concursal ("Ley Concursal" o "TRLR") y ha supuesto la creación de un nuevo marco normativo en las operaciones de reestructuración. Así, el título III del libro II "*Del Derecho Preconcursal*", que regula los nuevos planes de reestructuración, prevé que "*los acreedores titulares de créditos afectados por el plan de reestructuración votarán agrupados por clases de créditos*" (artículo 622 TRLR). Esto nos lleva a plantearnos ¿a qué clase pertenecen los créditos con aval público objeto de este artículo?

En primer lugar, el artículo 623 TRLR establece como obligatoria tan solo la creación de dos clases separadas: los créditos con garantía real del artículo 624 TRLR y los créditos de derecho público del artículo 625 TRLR. En este sentido, siempre y cuando nos encontremos ante créditos avalados, pero no ejecutados todavía, estos tendrán la consideración de pasivo financiero. Por el contrario, podría considerarse que, cuando los avales ya han sido ejecutados, los créditos derivados de su ejecución tendrían carácter de crédito de derecho público en tanto en cuanto el Ministerio sería el titular de ellos. Así, la Abogacía General del Estado⁵ entendió que nos encontramos ante créditos de derecho público.

No obstante, lo cierto es que desde el Real Decreto-ley 5/2021 estos créditos derivados de la ejecución de los avales han quedado excluidos, cerrando cualquier debate, de la clasificación de créditos de derecho público⁶, y la Ley 16/2022 insiste en su carácter financiero (lo que es, a su vez, consistente con la regla del artículo 623.4.2.º, en tanto que el aval público sería asimilable en la práctica a un seguro de crédito). Una vez sentado su carácter financiero, procede preguntarse si estos créditos conformarían una clase independiente en el marco de un plan de reestructuración o si se integrarían dentro de la clase que les correspondiese por su rango concursal, ordinario o privilegiado especial en función si se benefician de garantías reales.

Así, respecto de la formación del resto de clases, la Ley Concursal establece como criterio general la "*existencia de un interés común*", y precisa que existe interés común entre créditos de igual rango concursal (artículo 623 TRLR), dejando en cierto modo al arbitrio del deudor y de los acreedores la formación de clases. No obstante, la norma separa a los créditos del mismo rango en distintas clases cuando "*haya razones suficientes que lo justifiquen*". Y sigue: "*A estos efectos, se podrá atender, en particular (...) a cómo los créditos vayan a quedar afectados por el plan de reestructuración*".

En nuestra opinión, la normativa ha ido creando una categoría *sui generis* a efectos de la formación de clases. Algo que ha quedado todavía más confirmado si cabe, a raíz de la DA8 —de la que hablamos más adelante— al establecer un régimen particular para la aprobación de planes

5 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (2022). *Nota sobre el régimen de cobranza aplicable a los avales otorgados en virtud de los reales decretos-leyes 8/2020 y 25/2020 en caso de concurso del deudor avalado*.

6 Reiteración que hace la Ley 16/2022: "*Los créditos derivados de los avales públicos regulados en esta disposición tendrán la consideración de crédito financiero, a todos los efectos previstos en la Ley Concursal, incluyendo la formación de clases y la exoneración del pasivo insatisfecho. Estos créditos tendrán el rango de crédito ordinario, sin perjuicio de la existencia de otras garantías otorgadas al crédito principal avalado, en que ostentará al menos el mismo rango en orden de prelación a los derechos correspondientes a la parte del principal no avalado*".

de reestructuración por parte de las entidades financieras que cuenten con un aval otorgado en virtud del Real Decreto-ley 8/2020, 25/2020 y 6/2022. Precisamente, por dicho interés común y por la dificultad que entrañaría dar un tratamiento diferenciado de las medidas que le puedan ser impuestas en un plan de reestructuración frente al resto de pasivos financieros, es por lo que dichos créditos deberían, en la práctica preconcursal, agruparse en una misma clase separada a efectos de evitar un arrastre horizontal en la votación de un plan de reestructuración.

1.7. La subrogación del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital

La Ley 16/2022 ha cerrado el debate que surgió en la doctrina y en la jurisprudencia⁷ en cuanto al momento temporal en el que el Ministerio se subroga en la posición de las entidades financieras, concluyendo que dicha subrogación se produce desde la emisión del auto de declaración de concurso con independencia de que se haya iniciado o no la ejecución del aval⁸. Y, en un ejercicio de funambulismo jurídico, prevé que, a pesar de la subrogación, la entidad de crédito debe seguir representando los intereses del Estado a todos los efectos y bajo su responsabilidad, debiendo comportarse como un acreedor diligente en el proceso concursal y en la tareas de recuperación del crédito (tanto de la parte avalada como no avalada, porque recordemos que estas son indistinguibles).

2. Los planes de reestructuración para los créditos con aval ICO en el marco de la DA8

2.1. Introducción

La Ley 16/2022 ha introducido la DA8, que afecta al régimen de los avales públicos concedidos en el marco del COVID y la guerra en Ucrania⁹ y con un alcance que no había estado previsto inicialmente durante la tramitación del Proyecto de Ley. Así, el Proyecto de Ley de 14 de enero de 2022 se limitaba a ratificar el régimen de cobranza y la naturaleza de los avales conforme al Real Decreto-ley 5/2021 y los sucesivos Acuerdos del Consejo de Ministros.

Apareció, por primera vez en el Proyecto de Ley de 4 de julio de 2022 y se introdujo fuera del plazo de enmiendas (en concreto es calificada como "autoenmienda") por parte del Grupo Parlamentario Socialista e incorporada mediante el Informe de la Ponencia y el Dictamen de la Comi-

⁷ En un sentido, Sentencia del Juzgado nº2 de lo Mercantil de Coruña núm. 57/2022, de 7 de marzo y Sentencia del Juzgado nº9 de lo Mercantil de Barcelona núm. 99/2022 de 14 de enero. En sentido contrario, la Sentencia del Juzgado nº11 de lo Mercantil de Barcelona núm. 267/2022, de 4 de marzo.

⁸ La Ley 16/2022 reproduce en síntesis el contenido del Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 mayo de 2021 y zanja (i) la posible contradicción entre dicho Acuerdo del Consejo de Ministros (que clasifica el crédito como ordinario y regula la subrogación del Ministerio desde el auto de declaración de concurso) y el anterior TRLC (bajo el que este tipo de crédito podría clasificarse como contingente sin cuantía propia); y (ii) la posible vulneración del principio de jerarquía normativa derivada de interpretar que prevalecía el contenido del Acuerdo frente al TRLC, al haberse aprobado la modificación por una norma con rango de ley.

⁹ Recordemos que afecta a los avales públicos otorgados en el marco de los Reales-Decretos leyes 8/2020, 25/2020 y 6/2022.

sión antes de la remisión del texto al Senado. Posteriormente, en el Senado el Grupo Parlamentario Popular intentó eliminar los apartados 1, 2 y 3 de dicha DA8 argumentando que (i) contiene un tratamiento no paritario con los créditos de su clase (el resto de los créditos ordinarios); y (ii) se hace necesaria la autorización de la AEAT, lo que puede resultar poco eficiente y discrecional al no indicar qué criterios va a seguir para conceder o no dicha autorización¹⁰.

El apartado primero de la DA8 deja claro que estamos ante una disposición de tipo especial, prevaleciendo en caso de divergencia o conflicto con el resto de disposiciones del TRLC: *"En todo caso, en los procedimientos previstos en la Ley Concursal se deberán tener en cuenta las especialidades recogidas en la presente disposición"*.

Lo anterior no deja de ser sorprendente por cuanto la propia DA8 se remite a lo regulado en el artículo 16 del Real Decreto-ley 5/2021, al Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021 y a los sucesivos Acuerdos del Consejo de Ministros de desarrollo de estos, lo que ha generado en algunos casos cierta confusión interpretativa.

2.2. Materias excluidas de los planes de reestructuración

El apartado 3.a) de la DA8 regula aquellas materias que no pueden ser objeto en ningún caso de los nuevos planes de reestructuración o propuestas de convenio. La primera parte —*"los planes de reestructuración, continuación o propuestas de convenios que puedan afectar a los créditos derivados de estos avales públicos no pueden imponer ninguno de los contenidos siguientes (...)"*— lleva a plantearse, en primer lugar, si en el caso de que los contenidos descritos fueran acordados y aceptados por todas las partes del convenio o plan de reestructuración, estos podrían llegar a formar parte de él.

La respuesta se deduce de la lectura conjunta del apartado a) junto con la primera parte del apartado b), que señala aquellos casos que sí pueden ser objeto de votación por parte de las entidades financieras, *ergo* se deduce que los casos señalados en el apartado a) anterior no pueden ser en ningún caso objeto de propuesta o votación.

Es decir, no será legal que un plan de reestructuración pretenda imponer estas medidas a los créditos avalados (con independencia de la opinión que pueda tener la AEAT al respecto), con la una única salvedad de que las entidades avaladas renunciasen a los avales. Aquí se nos plantea una duda que puede tener su relevancia: ¿es necesario que las entidades renuncien al aval antes de apoyarlo? o ¿es suficiente con que la renuncia esté condicionada a la efectividad del plan y a su posterior homologación en los casos previstos en la ley?

Nosotros nos inclinamos por la segunda opción, por cuanto no se pretenden imponer efectos a los créditos avalados, sino única y exclusivamente si el plan sale adelante y, en su caso, se homologa con las mayorías que resulten aplicables, lo que es congruente con la letra y el espíritu de la ley,

¹⁰ *"Se propone la eliminación de los apartados 1, 2 y 3, ya que buscan restringir y condicionar el voto respecto de los créditos derivados de los avales públicos, al exigir el permiso expreso de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, así como limitar lo que se le puede imponer, evitando un arrastre en caso de que la mayoría se pudiera obtener sin tener en cuenta los créditos garantizados por el ICO."* Recuperado de https://www.senado.es/legis14/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_14_363_3274.PDF

que, además, no incluye la previa autorización de la AEAT (como una suerte de consecuencia que aceptarían las entidades avaladas por apoyar un plan que contenga alguna de esas medidas).

En este sentido, las materias “prohibidas” en un plan de reestructuración son las siguientes: (i) el cambio de la ley aplicable; (ii) el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago; (iii) la modificación o extinción de las garantías que tuvieren; o (iv) la conversión de los créditos en acciones o participaciones sociales, en créditos o préstamos participativos o en cualquier otro crédito de características o de rango distintos de aquellos que tuviere el crédito originario.

De la comparativa resulta que la Ley 16/2022 ha establecido un régimen para los créditos avalados por el ICO que se asemeja más al establecido para los créditos públicos que al de los créditos financieros, puesto que las materias excluidas del plan de reestructuración son las mismas que las contenidas en el artículo 616 bis TRLC para el crédito público, con la particularidad de que en el caso de los créditos avalados sí se permite la reducción de su importe, esto es, las quitas, si bien es necesaria la autorización de la AEAT para que las entidades financieras puedan votar a favor de un plan de reestructuración, como veremos a continuación.

Lo anterior hace que, aunque la Ley 16/2022 califique al crédito como pasivo financiero y como crédito ordinario a efectos concursales, lo cierto es que en la práctica pareciera que, en algunos casos, cuenta con unas prerrogativas que lo acercan más a un crédito público (incluso podríamos decir “cualificado”)¹¹.

2.3. De los planes de reestructuración para los créditos avalados por el ICO

Las modificaciones de créditos avalados que sí puede contemplar un plan de reestructuración se encuentran en el apartado 3.b) de la DA8: fraccionamientos, aplazamientos (ambos también conocidos como esperas) y quitas. En estos casos, para que las entidades financieras puedan votar a favor de esas modificaciones, será necesario que obtengan antes la autorización de la AEAT, para lo cual se ha habilitado un procedimiento telemático, que será resuelto por parte del director del Departamento de Recaudación¹².

La DA8 establece consecuencias diferentes para los casos en los que se haya obtenido la autorización de la AEAT y aquellos casos en los que haya sido denegada (o esta no se haya solicitado o, habiéndose solicitado, no se haya recibido contestación). A su vez, distingue entre los supuestos previos a la ejecución del aval y aquellos casos en los que el aval ha sido ejecutado. Recordemos en este punto que (salvo en financiaciones *bullet*) lo habitual será que en una financiación avalada se produzcan tantas ejecuciones del aval como cuotas de principal estén previstas en su calendario de amortización.

¹¹ SÁNCHEZ VELO, Luis M. (2022). La reforma del texto refundido de la Ley Concursal y algunos de los peligros que la acechan. El Derecho.com. Recuperado el 20 de septiembre de 2022 de <https://elderecho.com/reforma-texto-refundido-ley-concursal-peligros-que-acechan>.

¹² <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/procedimientos/RL06.shtml>.

Lo anterior supone que un mismo crédito avalado puede encontrarse en ambas situaciones, es decir, que por un lado se hayan producido impagos de principal y ejecuciones parciales del aval y, por otro lado, que aún no hayan tenido lugar las fechas de amortización ordinaria del resto del crédito y, por lo tanto, el aval por la parte no vencida (no al menos de forma ordinaria conforme a calendario) se encuentre vivo.

A. Régimen ordinario

Hemos considerado necesario distinguir entre un régimen ordinario y una situación de arrastre (que se encuentra explicada en el apartado (B) de esta sección), debido a que —como veremos— la DA8 parece haber creado esta disposición sobre la base de que el voto de las entidades financieras en estos planes de reestructuración es decisorio en todos los casos. No obstante, y como desarrollaremos en el apartado siguiente, esto no tiene por qué suceder siempre.

Así, el régimen ordinario que establece la DA8 puede ser explicado partiendo del siguiente ejemplo práctico: un plan de reestructuración cuyo objeto es aprobar una quita del 10 % para un crédito avalado al 70 % con un nominal de un millón de euros:

- i. Si las entidades financieras obtienen la autorización de la AEAT y el aval no se ha ejecutado, este no resultará en ningún caso perjudicado. En cambio, si el aval ya ha sido ejecutado (o parte de él), esto es, si las entidades financieras han cobrado el importe avalado por el ICO, las medidas que posteriormente se establezcan en el plan sí afectarán al Ministerio a la hora de recobrar dicho importe, de tal forma que la entidad y el Ministerio asuman a prorrata la quita respetando el rango *pari passu* del crédito.

En nuestro ejemplo, el importe del crédito avalado tras la quita seguirá siendo exigible frente al ICO por la entidad financiera por la cantidad de 700.000 €. Sin embargo, como consecuencia de la quita, el nominal del crédito se habrá visto reducido frente al deudor a 900.000 €, de los cuales al Ministerio le corresponderán únicamente 630.000 € (es decir, el 90 % de la parte avalada del crédito), mientras que a la entidad financiera le corresponderán 270.000 € (el 90 % de la parte no avalada del crédito), de forma que ambos asumen la quita por igual conforme a dichos porcentajes.

En este punto, es interesante suscitar que, para obtener la autorización de la AEAT, las entidades bancarias podrían ofrecer, dentro del plan de reestructuración, un tratamiento del aval público que favorezca la posición de la AEAT tras la aprobación de dicho plan. Por ejemplo, las entidades financieras podrían ofrecer una reducción del importe del crédito cubierto por el aval público, a cambio de obtener la autorización de la AEAT para votar a favor del plan de reestructuración que prevé una quita, manteniendo el aval (minorado) por el importe restante del crédito. En síntesis, las entidades financieras podrían aprovechar que es necesaria la autorización de la AEAT para proponerle medidas que en la práctica faciliten su autorización y la reestructuración del crédito.

Aunque la ley parezca limitar considerablemente las posibilidades de reestructuración, creemos que hay bastante campo para proponer soluciones creativas que ayuden a sortear los inconvenientes de la norma.

- ii. (Si las entidades financieras no obtienen la autorización de la AEAT (bien sea porque la deniega o no contesta o no se solicita), pero deciden igualmente votar a favor del plan y el aval no ha sido ejecutado totalmente, ello determina el perjuicio del aval¹³. Es decir, el plan de reestructuración saldrá adelante para la totalidad del crédito con la quita del 10 %, pero perdiendo el aval público por la parte no ejecutada. En este punto, cabría plantear si no habría sido más lógico que el perjuicio del aval se predicara únicamente respecto de la parte del crédito afectada por la quita o espera, de manera que la parte restante del crédito mantuviera la cobertura del aval.

En cambio, en caso de que el aval hubiera sido ejecutado (en todo o en parte), el legislador parece querer que se extienda a favor del Ministerio una inmunidad que le permitirá conservar su derecho a cobrar la totalidad del crédito avalado en el que se haya subrogado frente al deudor (esto es, el 70 % del millón en nuestro ejemplo, es decir, 700.000 €). Por el contrario, la entidad financiera sí tendría que asumir la quita del 10 % sobre la parte no ejecutada (teniendo tan solo derecho a exigir del deudor 270.000 € y no 300.000 €).¹⁴ En este sentido, la DA8 parece que busca evitar que las entidades financieras tras obtener el cobro del importe avalado se sientan tentadas a aprobar una medida (como pudiera ser una quita), en perjuicio del Ministerio, que ha adelantado previamente la totalidad del importe avalado.

B. Arrastre por terceros acreedores

Como hemos adelantado, la DA8 parece estar pensando en una situación donde el crédito avalado por el ICO tendría mayoría (o al menos sería necesario) a la hora de aprobar un plan de reestructuración. No obstante, no tiene en cuenta que dentro del pasivo afectado por el plan de reestructuración esta categoría de créditos podría verse arrastrada por otras clases de acreedores.

Como ya hemos señalado, no creemos que pueda tener lugar con esta tipología de créditos un arrastre interclase o *intra-class cramdown* (salvo por el supuesto que explicaremos en el apartado C), porque tal y como venimos sosteniendo, no comparten un interés común con el resto de los créditos ordinarios y creemos que deberán ser una clase separada, pero sí podría tener lugar lo que en el derecho anglosajón se conoce como *cross-class cramdown*¹⁵ o arrastre entre clases.

¹³ “La falta de autorización previa de la Agencia Estatal de Administración Tributaria determinará el perjuicio del aval, en la parte que no hubiera sido ejecutada (...)”.

¹⁴ “O, en otro caso, la conservación de los derechos de recuperación y cobranza por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, *sin que el contenido del Plan o convenio produzca efectos frente al mismo*”.

¹⁵ Concepto desarrollado en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.

Dicho supuesto cambia totalmente el paradigma de actuación de las entidades financieras que cuentan con créditos avalados por el ICO, ya que podría aprobarse un plan de reestructuración sin la autorización de la AEAT, en el que la entidad financiera, no obstante, no ha votado a favor o incluso ha votado en contra, pero se ha visto arrastrada por los restantes acreedores.

Cuestión distinta es si las entidades financieras tendrían que votar también en contra o abstenerse de votar en relación con otras financiaciones (no avaladas) para que no se pudiera alegar que con su actuación se facilitó la aprobación de un plan de reestructuración. Creemos que esta interpretación no puede sostenerse, porque implicaría exigir a la entidad un comportamiento más allá de las posiciones que cuenten con avales ICO. Y aquí, probablemente en más de un caso, la entidad no habría aceptado el aval del ICO de saber que estaría condicionando su margen de actuación respecto del resto de sus posiciones.

¿Cómo pensamos que es de aplicación el régimen de la DA8 en estos casos de arrastre? El resumen es que creemos que, en definitiva, cuando las entidades financieras se comporten de manera diligente recabando la autorización de la AEAT, pero se vean arrastradas en la votación del plan de reestructuración, las consecuencias deben ser las mismas que las señaladas en el apartado A.i.

Pensemos el mismo supuesto anterior: un plan de reestructuración para aprobar una quita del 10 % del crédito de un millón de euros avalado al 70 %. La diferencia ahora está en que el porcentaje del crédito avalado por el ICO objeto de la reestructuración es minoritario con respecto a las restantes clases de acreedores. Esto es, aunque las entidades financieras votasen en contra del plan o se abstuviesen de votar (de conformidad con el criterio de la AEAT), el crédito avalado por el ICO podría verse arrastrado por el restante porcentaje mayoritario, al ser indiferente su voto para sacar adelante dicho plan de reestructuración.

- i. Si el aval ha sido ejecutado en el momento de la aprobación del plan de reestructuración, volvemos a la dicción literal del apartado 3.b) en su inciso final, que parece evitar que la Administración Pública se vea afectada por la quita, conservando la totalidad de los derechos de cobro (es decir, el 70 % avalado). No obstante, como hemos dicho anteriormente, la DA8 parece haber considerado tan solo el supuesto del apartado A.ii anterior, donde, tras la ejecución del aval, son las propias entidades avaladas las que deciden sacar adelante un plan con una quita o espera (habiendo cobrado previamente el importe del crédito correspondiente).

La diferencia aquí con respecto al caso ordinario es que, en este caso, se ha aprobado el plan de reestructuración sin intervención activa de las entidades financieras. Es aquí donde cobra especial relevancia el artículo 16.3 del Real Decreto-ley 5/2021 (ratificado por la DA8), que señala que la Administración pública podría resultar afectada por el plan de reestructuración aprobado¹⁶. Creemos que precisamente el Real Decre-

¹⁶ Así, la Ley 16/2022: "Los avales públicos otorgados al amparo de los Reales Decretos-leyes 8/2020, de 17 de marzo, [...] se regirán por el artículo 16 del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19 [...]".

to-ley 5/2021 con este inciso parece estar pensando justamente en el caso de arrastre y posterior aprobación y homologación del plan.

De todo lo anterior concluimos que el Ministerio sí se vería afectado por el plan de reestructuración. En nuestro ejemplo, el Ministerio podría exigir al deudor tan solo 630.000 € y la entidad financiera 270.000 €, asumiendo ambas la quita del 10 % conforme a la regla de *pari passu*.

A pesar de ello, creemos que habría sido deseable diferenciar ambos supuestos con el objetivo de evitar generar una gran inseguridad jurídica para todos los operadores en cuanto a sus pautas de actuación.

- ii. Si el aval no ha sido ejecutado en el momento de aprobación del plan de reestructuración, la DA8 establece que *"La falta de autorización previa de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria determinará el perjuicio del aval, en la parte que no hubiera sido ejecutada [...]"*. De nuevo, parece estar pensando en aquel caso donde la entidad financiera no recibió la autorización de la AEAT y aun así votó a favor del plan de reestructuración. Como ya hemos mencionado, parece estar claro que en este caso la consecuencia es la pérdida del aval.

No obstante, en el caso de arrastre de la entidad financiera con aval ICO, que ha votado en contra o se ha abstenido de votar, aun habiendo ajustado su conducta a lo requerido por la Administración, conforme a una interpretación estricta del sentido de la autorización (donde la autorización no se entiende ligada al voto favorable al plan), la entidad financiera perdería el aval y se vería arrastrada por el plan de reestructuración.

En nuestra opinión, sin embargo, parece razonable entender que no se perjudicaría el aval, puesto que, tal y como expresa la exposición de motivos de la Ley 16/2022, el objetivo de dicha reforma es *"facilitar la reestructuración de empresas viables"*.

En el caso contrario, asumir que, aun cuando las entidades financieras actúan diligentemente (no votando o haciéndolo en contra), ven su derecho perjudicado sería tanto como conceder un poder discrecional a la AEAT para sancionar con la pérdida del aval a la entidad financiera, que no ha llevado a cabo ninguna actitud reprochable (y cuyo comportamiento devendría irrelevante en el resultado de la votación).

En conclusión, en este supuesto la entidad financiera no perdería el aval, conservando el derecho a ejecutar el aval por importe de 700.000 € (o lo que es lo mismo, el 70 % del crédito sin aplicar la quita). Es decir, sucedería lo mismo que en el caso en que se aprueba el plan de reestructuración con autorización de la AEAT (caso A.i anterior), por lo que el Ministerio tan solo podrá exigir al deudor el 70 % del importe del crédito una vez aplicada la quita (es decir, 630.0000 €) y la entidad el 30 % del importe una vez aplicada la quita (es decir, 270.000 €).

Eso sí, recordemos que en estos casos la entidad solo podrá recuperar el importe avalado conforme al calendario original de pagos, conforme a lo que podríamos llamar el calendario avalado por el ICO, que puede o no coincidir con el calendario que resulte de la homologación del plan de reestructuración.

Los supuestos pueden complicarse, en función del calendario de pagos, del importe avalado, del importe obtenido en fase de liquidación, etc., pero la conclusión siempre es la misma:

- En caso de no ejecución del aval, el perjuicio no debe poder ser alegado indiscriminadamente porque ello sería tanto como otorgar a la Administración pública una facultad sancionadora sin que exista una conducta reprochable. El perjuicio del aval solo debe predicarse en aquellas situaciones en que la entidad lleva a cabo una actuación (o a lo sumo una omisión) que, de no haberse realizado, no hubiera permitido aprobar el plan.
- En caso de ejecución del aval, la dicción literal de la DA8 parece querer evitar que el Ministerio se vea afectado por una quita o espera aprobada por las propias entidades financieras cuando estas han cobrado el importe avalado del ICO y, por tanto, el Ministerio se ha subrogado (es decir, podríamos decir que por una actuación de mala fe).
- No obstante, creemos que, en casos de arrastre en los que no ha habido conducta reprochable por parte de la entidad financiera, los efectos de la aprobación de un plan de reestructuración deben afectar también al crédito que ostente el Ministerio, subrogándose, por tanto, en la misma posición y en las mismas circunstancias que tenía hasta entonces la entidad financiera.

C. Arrastre entre las propias entidades avaladas

Por último, queremos plantear un escenario que tal vez sea de laboratorio, pero que es posible. Imaginemos una situación en la que la AEAT ha denegado su aprobación y los créditos avalados por el ICO conforman una única clase (como defendemos que debería suceder en la mayoría de los casos, si no en todos ellos). Sin embargo, unas entidades se encuentran a favor de sacar adelante el plan, incluso cuando ello suponga perjudicar y perder su aval, mientras que otras no quieren apoyarlo sin la autorización de la AEAT, y esta no llega o es denegada.

Supongamos que las primeras son mayoría y el plan puede salir adelante con el arrastre intraclase, es decir, por la mayoría preceptiva obtenida en dicha clase. Este sería otro caso en que, a nuestro juicio, los créditos avalados que están en contra de la reestructuración serían arrastrados por los que están a favor (si bien es cierto que a costa de perder los avales por parte de las entidades que apoyen la reestructuración) y, por supuesto, las entidades avaladas que voten en contra no deberían ver perjudicado su aval y, por lo tanto, deberían conservar su derecho a cobrar del Estado el 100 % del importe avalado original (conforme a su calendario avalado de amortización de principal).

Más discutible es el hecho de si esta treta podría usarse para arrastrar a los créditos que se deriven de ejecuciones de avales, por cuanto jurídicamente ya se habría subrogado el Ministerio (aunque el *fronting* siga obligada a hacerlo la entidad) y recordemos que el apartado (b) de la DA8 parece que inmuniza al Ministerio de los efectos del plan (a favor, en cambio, el artículo 16 del Real Decreto-ley 5/2021 que sí lo considera “afectable” a efectos de la homologación judicial).

2.4. De la obligación de compartir garantías

Para finalizar este apartado, queremos hacer una breve mención, entre otras notas que han tratado esta cuestión, a la nota informativa del ICO emitida en mayo de 2022 a propósito de cuestiones planteadas por varias entidades financieras y que vino a sustituir una nota previa de 23 de febrero de 2022.

Resumiendo mucho, porque no es el objeto de este artículo, la nota exige que las nuevas garantías que tomen las entidades financieras avaladas en nuevas operaciones de financiación a favor de un deudor que cuente con financiaciones previas con aval ICO otorgadas por la misma entidad se compartan también con la financiación ICO. Se regulan determinadas excepciones en las que no procede compartir garantías.

No está claro que el contenido de estas notas informativas tengan carácter vinculante (salvo si se ha incorporado a los contratos marco vía adendas suscritas por las entidades), ni que sea, por lo tanto, exigible frente a las entidades financieras tampoco cómo conjugar este nuevo requisito con la DA8; pero, *a priori*, no serían incompatibles, si bien aumentará la dificultad de aquellas reestructuraciones que cuenten con pasivo avalado por el ICO. Pensemos, sin más, en un plan de reestructuración que prevea la inyección de nueva liquidez, ¿estarían las entidades financieras dispuestas a aportarla si ello supone compartir garantías con financiaciones con aval ICO viejas?

3. La posible vulneración del principio de seguridad jurídica ante el desarrollo normativo de los avales ICO

Como hemos visto, la DA8 introduce un régimen de autorizaciones en materia de planes de reestructuración que, *de facto*, viene a cambiar el régimen preconcursal de los créditos avalados por el ICO. Ello se debe a que, aunque la DA8 reitera la clasificación dada por el Real Decreto-ley 5/2021 de “crédito financiero”, en la práctica impone unos requisitos asociados a los créditos de derecho público, o incluso más estrictos con el consiguiente perjuicio para el aval que pudiera derivarse en función de la actuación de la entidad financiera. Y no solo eso, recordemos que el Código de Buenas Prácticas permitía la conversión de estos préstamos en participativos (cierto es que solo para importes reducidos de ayuda pública), pero esta posibilidad ha quedado excluida por medio de la DA8 en fase de convenio y para los planes de reestructuración.

En suma, los créditos otorgados bajo la regulación anterior y que continúan vigentes están sufriendo un cambio en su régimen jurídico aplicable, lo que nos lleva a preguntarnos si esto puede

ir en contra de los principios consagrados en el artículo 9.3 CE, que, como es de sobra conocido, recoge, junto con el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, el principio de seguridad jurídica.

En cuanto a la prohibición de retroactividad, el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación muy restrictiva de la norma, señalando que solo se deriva cuando se infringe *"un castigo (...) a determinadas personas o colectivos por una conducta previa"*¹⁷. Por ello, no parece posible sostener que, bajo esta interpretación, la DA8 entre dentro de la prohibición de retroactividad que enuncia la Constitución.

Sin embargo, aunque una disposición retroactiva no pueda ser calificada como sancionadora, dicha retroactividad puede ser tal que vulnere la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento. En particular, este cambio normativo podría ser contrario al principio de seguridad jurídica en su vertiente de confianza legítima, dado que *"el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 CE protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles"*¹⁸.

A la hora de analizar si una disposición normativa es contraria al mencionado principio, el Tribunal Constitucional sostiene que el principio de confianza legítima solo puede actuar como límite si previamente ha existido una situación de confianza efectiva merecedora de protección y si lesiona derechos y no meras expectativas. Volviendo a nuestro caso, fueron precisamente el Real Decreto-ley 5/2021 y el propio Código de Buenas Prácticas los que sentaron una expectativa razonable que se ha visto frustrada por un régimen del todo imprevisible que ha dado un giro de 180 grados al anterior¹⁹.

La confianza que todos los operadores (entidades de crédito, fondos e incluso los propios deudores) depositaron en los créditos avalados por el ICO se está viendo dañada ante un régimen que desnaturaliza su carácter tal y como se había configurado hasta la fecha, y es posible argumentar que, a la vista de estos criterios, la DA8 podría ser contraria al artículo 9.3 CE en lo que respecta a la seguridad jurídica en su vertiente de confianza legítima.

4. Conclusiones

Los créditos avalados por el ICO al amparo de las sucesivas líneas establecidas desde marzo de 2020 han constituido un instrumento de financiación muy utilizado por compañías españolas, hasta el punto de alcanzar un volumen tal que los convierte en elemento clave del pasivo de muchas de ellas y, por ende, en cualquier proceso de reestructuración de su deuda.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 51/2018, de 10 de mayo.

¹⁸ Entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 51/2018, de 10 de mayo y 126/1987, de 16 de julio.

¹⁹ Fundamentalmente, como hemos señalado, en cuanto a (i) la clasificación del crédito; (ii) la lesión derivada del posible perjuicio del aval a raíz de la necesidad de solicitar la autorización de la AEAT; y (ii) la imposibilidad de acordar su conversión en participativos en un plan de reestructuración o propuesta de convenio.

Pese a su normativa constitutiva, los convenios suscritos entre las entidades avaladas y el ICO, el Real Decreto 5/2021 y el Código de Buenas Prácticas configuraron y asentaron su naturaleza como pasivo financiero refinanciable, y la Ley 16/2022 ha venido a introducir una serie de reglas que alteran dicho entendimiento y suscitan variados interrogantes en el contexto de los planes de reestructuración.

Aunque lo deseable es que la AEAT y el Ministerio alcancen un consenso con las principales entidades financieras sobre la aplicación de la DA8, a lo largo de este artículo hemos tratado de anticiparnos, y hemos pretendido arrojar luz sobre el esquema normativo resultante tras la Ley 16/2022 en relación con los créditos avalados por el ICO, realizando una labor interpretativa, suscitando posibles escenarios no previstos en la DA8 y proponiendo soluciones constructivas de cara a las reestructuraciones que se esperan en adelante, manteniendo como propósito último de la interpretación el fin perseguido por la norma: *“facilitar la reestructuración de empresas viables”*.

Artículos

LA COMPRAVENTA DE NEGOCIOS EN CRISIS SEGÚN LA REFORMA: PLANES DE REESTRUCTURACIÓN LIQUIDATIVOS VS. *PREPACK*

Ángel Alonso Hernández

Abogado del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

La compraventa de negocios en crisis según la reforma: planes de reestructuración liquidativos vs. *prepack*

*La reforma introducida por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, para la implementación de la Directiva 2019/1023, introduce modificaciones en el denominado *prepack* concursal y, además, incorpora la posibilidad de los planes de reestructuración liquidativos que establezcan la venta del negocio o de unidades productivas en funcionamiento con aprobación de los acreedores. En este artículo se analizan ambas alternativas y se exponen aquellos escenarios de reestructuración en los que pueden ser más eficientes cada una de ellas.*

PALABRAS CLAVE:

PLAN DE REESTRUCTURACIÓN, MARCOS DE REESTRUCTURACIÓN PREVENTIVA, PLAN DE REESTRUCTURACIÓN LIQUIDATIVO, *PREPACK*, CONCURSAL, INSOLVENCIA.

The sale of businesses in financial distress after law 16/2022: restructuring-plan liquidations vs *pre-pack* insolvencies

*Law 16/2022, which implements Directive 2019/1023, introduces changes to the so-called *pre-pack* insolvency. It also offers the possibility for the restructuring plan to establish the sale of the whole business (or certain business units) as a going concern, which would imply the liquidation of the debtor with the creditors' approval. This article analyses the two types of instruments (the *pre-pack* insolvency and sale of a business under a restructuring plan) and the circumstances in which each instrument might be more efficient from a restructuring point of view.*

KEYWORDS:

RESTRUCTURING PLAN, PRE-INSOLVENCY FRAMEWORKS, PRE-PACK RESTRUCTURING PLAN, PRE-PACK INSOLVENCY, INSOLVENCY.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-10-2022

Alonso Hernández, Ángel (2022). La compraventa de negocios en crisis según la reforma: planes de reestructuración liquidativos vs. *prepack*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 137-158 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

En los años 40 tuvo lugar un nuevo episodio de la eterna guerra de formatos que siempre se plantea cuando existen en el mercado dos o más sistemas de un mismo producto que son incompatibles entre sí. Un buen ejemplo de esa guerra de formatos es la conocida competencia entre los sistemas vídeo Betamax, VHS y, en menor medida, Video 2000.

En 1940 la competencia no se planteaba en términos de cintas de vídeo, sino de discos de vinilo y, en particular, de microsuros. La introducción del vinilo permitió que el surco fuera más pequeño (microsurco) y tuviera menor profundidad que los antiguos discos de goma de laca de la década de 1920. Esto permitía una menor velocidad de reproducción respecto de la anterior (78 rpm) y, por tanto, una mayor duración de grabación. Esta mejora tecnológica fue aprovechada por varios actores, aunque con conceptos distintos.

Por un lado, Columbia Records introdujo en el mercado el formato de disco de vinilo con microsurco de 12 pulgadas a 33 rpm (también conocido como LP). RCA introdujo por su parte un disco más pequeño con un microsurco más estrecho de solo 7 pulgadas y una mayor velocidad de reproducción (45 rpm). A mayor velocidad, la calidad del sonido mejoraba porque el ruido de fondo y del surco eran menores, pero por el contrario esa mayor velocidad también suponía un menor tiempo de grabación del disco de RCA (hasta 7 minutos por cara) frente al LP de 33 rpm (25 minutos por lado). Esto limitaba el uso práctico del primero para composiciones de larga duración como las de música clásica.

Si se revisan los antecedentes de otras guerras de formatos, generalmente uno de los contendientes es el que se impone sobre los demás por una mayor compatibilidad, menor precio, mejores prestaciones, etc., quedando el resto abandonados y expulsados del mercado.

Sorprendentemente, en el caso de la lucha del disco de 33 rpm vs. el de 45 rpm eso no fue así. Cada uno encontró su nicho de mercado: mientras el formato de RCA se impuso en el mercado de sencillos del rock y el pop, el LP dominó principalmente en los 40 y 50 el mercado de música clásica. A los diez años de su incorporación, ambos formatos se repartían el mercado: 58 % de las ventas en EE. UU. para el LP y prácticamente el resto para el *single* de 45 rpm.

Me vino a la memoria esta vieja historia cuando terminé de leer la reforma introducida por Ley 16/2022, de 5 de septiembre ("Ley 16/2022"), de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal ("TRLR"), por la que se transpone la conocida como Directiva sobre reestructuración e insolven-

cia (“DRI”); y, en particular, al comprobar que el legislador español ha incorporado los planes liquidativos al permitir que el plan de reestructuración pueda tener como objeto la transmisión preconcursal de la totalidad del negocio o de unidades productivas (art. 614 TRLC) sin la declaración en concurso, si el deudor se encuentra en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o, incluso, insolvencia actual. Algunos habíamos sugerido en el pasado las ventajas de introducir esta posibilidad en los instrumentos de reestructuración preconcursal (Alonso y Rubio, 2020 y Azofra 2020).

El nuevo instrumento que nos facilita el legislador comparte la filosofía ya existente en seno de concurso de que la venta del negocio o de unidades productivas puede ser (i) un instrumento solutorio más eficiente en términos de recuperación de valor que la venta singular de los activos que lo componen; o (ii) una alternativa de reestructuración más viable y efectiva que una refinanciación de difícil planteamiento, precisamente en tiempos de tanta incertidumbre como los que atravesamos, que hacen muy complejo plantear en algunos casos previsiones futuras razonables y realistas para la preparación de un plan de viabilidad.

Dentro de esa posible “competencia de formatos” que pueda hipotéticamente existir entre el *pre-pack* concursal y la venta del negocio con el plan, ambos instrumentos son incompatibles: mientras el primero precisa de la declaración de concurso, el segundo tiene como objeto evitar esa declaración.

Sin embargo, como expondré más adelante, considero que, como ocurrió con el LP y el *single* de 45 rpm, ambos instrumentos para la venta de negocios o partes de él en una situación de reestructuración tendrán sus respectivos nichos de aplicación según el alcance del pasivo a reestructurar y otros aspectos a valorar en cada caso.

A efectos sistemáticos y para evitar reiteraciones innecesarias, cuando me refiera en el análisis a la venta del negocio o de la empresa debe entenderse que también lo hago a la venta de unidades productivas, salvo que se haga alguna valoración específica para este supuesto concreto.

Asimismo, en este artículo me centraré en el análisis de la venta directa del negocio como objeto del plan y las modificaciones introducidas por la Ley 16/2022 en el denominado *prepack* concursal (venta del negocio con la solicitud de concurso) (art. 224 bis TRLC).

Quedan fuera del objeto de este análisis la adquisición indirecta del negocio mediante capitalización de créditos bajo el plan, también incentivada por la Ley 16/2022 al impedirse las limitaciones por cambio de control que tengan lugar por la ejecución del plan respecto de contratos necesarios para la actividad (art. 618.2 TRLC); el régimen incorporado para el nombramiento de experto para recabar ofertas de compra (art. 224 ter y ss. TRLC); la venta del negocio en un convenio con asunción (art. 324 TRLC), de poco éxito en el pasado; y la liquidación con transmisión de empresa en funcionamiento del procedimiento especial para microempresas (art. 707.3 TRLC), que merece un análisis aparte.

¹ Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades.

2. Venta del negocio como objeto del plan de reestructuración

Es generalizadamente reconocido que la recuperación de valor que se obtiene en concurso por la venta de negocios es sustancialmente inferior al que podría alcanzarse fuera de él. Y esta conclusión no es solo aplicable a nuestro proceso concursal, sino que también lo es al Chapter 11, que es considerado el proceso de reorganización más eficiente.

En efecto, la doctrina económica ha destacado que el precio que se obtiene en Chapter 11 por la venta de negocios de sociedades cotizadas supone de media un 45 % de descuento respecto del que se podría haber obtenido fuera del concurso (Hotchkiss y Mooradian, 2010). Similares razonamientos se han empleado para rechazar impugnaciones de acuerdos de refinanciación homologados de *Bodybell* (SJM n.º 11 de Madrid, de 22 de julio de 2016, LA LEY 229098/2016) y *Abengoa* (SJM n.º 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017, LA LEY 127235/2017).

Y es que los efectos derivados de la declaración de concurso en el negocio, las relaciones comerciales con clientes y proveedores, la reputación en el mercado, la pérdida de crédito, la cristalización de deudas contingentes, etc., ya supone de por sí una pérdida de valor que será tenida en cuenta por los posibles adquirentes para ajustar a la baja sus ofertas (*low-ball bids*) tomando como referencia el valor de liquidación, y no el valor en continuidad del negocio.

Aunque se reduzca el tiempo en que el negocio permanezca en concurso hasta que se decida en firme judicialmente su transmisión (y la reforma introducida por la Ley 16/2022 supone un nuevo intento para que los tiempos del *prepack* concursal se reduzcan, como veremos después), las propias limitaciones del proceso concursal (participación de la administración concursal, posibles alegaciones de terceros, falta de exclusividad y la existencia de un posible proceso competitivo, etc.) suponen *per se* otro ajuste de precio frente al que se alcanzaría en una venta fuera de concurso.

Además, como veremos, la declaración de concurso puede ser especialmente gravosa para el deudor y sus personas especialmente relacionadas, que pueden sufrir ciertas consecuencias (calificación de concurso culpable, presunción de que son perjudiciales a efectos de rescisión los actos que hayan realizado con el deudor en periodo sospechoso, limitaciones en la adquisición de unidades productivas, etc.), que no experimentarían si la reestructuración pudiera tener lugar fuera del concurso.

En este sentido, debe destacarse que en las legislaciones de nuestro entorno se recoge expresamente la posibilidad de que en la fase preconcursal tenga lugar la venta del negocio en un marco de reestructuración preventiva. Así se establece, por ejemplo, en los *accordi di ristrutturazione* y en el *concordato preventivo* del Derecho italiano, o en la *conciliation* y en el *sauegarde* francés (Garcimartín y Marcuello, 2015).

Asimismo, a nivel español, con el régimen anterior a la reforma también se incluyó en algún caso la posible venta del negocio como parte del acuerdo de refinanciación homologado (AJM n.º 2 de Madrid de 20 y 24 de octubre de 2016 —*Isolux*—); e indirectamente se obtuvo ese resultado en

aquellas homologaciones en las que se estableció el cambio de deudor (aparte de la ya citada de *Bodybell*, también el AJM n.º 2 de Madrid de 28 de julio de 2016 —European Vehicle Safety Spain 1, S.A.— y AJM n.º 1 de Castellón de la Plana de 11 de octubre de 2017 —Grupo Obinesa, BOE n.º 250 de 17 de octubre de 2017, pp. 74499 a 74501—).

Recogiendo los instrumentos ya previstos en este sentido en las legislaciones de los Estados miembros, la DRI permite que la legislación nacional establezca la venta del negocio como objeto del plan de reestructuración. De este modo el art. 2.1.1 DRI dispone que la definición de "*reestructuración*" a efectos de la DRI puede incluir "*las ventas de activos o partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos*".

El legislador español ha acogido en la Ley 16/2022 esta opción prevista en la DRI y ha incorporado la posibilidad de "*homologar un plan de reestructuración que prevea la venta de partes o incluso de la totalidad de la empresa, los llamados planes liquidativos*" (preámbulo III), incorporando dentro del concepto de plan de reestructuración los que tengan como objeto la venta de todo el negocio o de unidades productivas que lo conformen (art. 614 TRLC).

De alguna manera, el legislador abre con ello la participación de los acreedores en las decisiones de liquidación, ya que su apoyo será preciso para la aprobación del plan que establezca la venta del negocio (o incluso podrán proponer un plan que así lo prevea, según veremos más adelante). La revisión de las decisiones adoptadas por los acreedores estará limitada a la impugnación que eventualmente se presente contra el plan, sin que quepa apelación.

Es cierto que, aparte del referido artículo, el TRLC no incluye un precepto específico que desarrolle los requisitos y términos que deberían tener los planes que tengan como objeto la venta del negocio, pero de la revisión del resto de previsiones aplicables con carácter general a los planes de reestructuración considero que es posible interpretar los requisitos esenciales que esos planes deben satisfacer, como desarrollaré en los apartados siguientes.

2.1. Concepto

Los planes pueden tener como objeto la venta de alguna de las unidades productivas del deudor, que continuará desarrollando su actividad con el resto del negocio que no venda. Los planes que solo prevean la venta de una unidad productiva no son propiamente liquidativos, dado que su objeto no sería la liquidación y extinción del deudor, sino la obtención de recursos con la venta de parte del negocio para que el resto pueda ser viable y evitar el concurso. Aunque la venta de unidades productivas no estaba expresamente referida dentro de las medidas que se podían imponer en un acuerdo de refinanciación, se venía interpretando que era admisible que estuviera prevista en el plan.

La auténtica novedad introducida por el art. 614 TRLC es que el objeto del plan sea la venta de toda la empresa, que supondrá necesariamente la liquidación del deudor, que no podrá seguir desarrollando su actividad una vez que la ha transmitido y que solo le restará pagar a sus acree-

dores con el precio recibido y los activos que no haya vendido. Es decir, una liquidación solvente. Nos referiremos a esto más adelante.

El art. 614 TRLC establece como requisito, eso sí, que la empresa que se transmita se encuentre “*en funcionamiento*”, como exige la DRI al incluir dentro de la definición de *reestructuración* la venta de empresa en funcionamiento, sin que sea posible la venta de negocios que hayan cesado en su actividad.

Considero que el plan puede tener como objeto tanto la homologación de la venta concreta que se presente con el plan como una venta en un momento posterior, estableciendo una obligación de amortización de la deuda del plan una vez que tenga lugar la venta. Para el primer caso, el plan deberá establecer las quitas necesarias en el pasivo afectado para que con el precio obtenido y el resto de recursos se puedan satisfacer las obligaciones y evitar el concurso. En el segundo, el plan deberá prever, junto con la futura venta, la modificación del pasivo afectado con las quitas y esperas precisas para que el deudor no tenga que entrar en concurso antes de que la venta tenga lugar; y también para que una vez que el negocio se venda, el deudor liquide todas sus obligaciones de forma que pueda evitar el concurso.

2.2. Presupuesto objetivo. Homologación. Suspensión de solicitud de concurso y *prepacks*

Conforme a lo previsto en el art. 615 TRLC, se someten necesariamente a la regulación prevista en el TRLC los planes de reestructuración que establezcan una extensión de sus efectos a acreedores o socios disidentes y también cuando se quieran proteger “*los actos, operaciones o negocios relacionados en el contexto*” del plan (art. 615.2 TRLC), siendo precisa su homologación (art. 635 TRLC).

Como he indicado más arriba, al referirse a los planes liquidativos que prevean la venta del negocio, el legislador asume que deberán ser objeto de homologación (preambulo de la Ley 16/2022), algo que expresamente no se refiere en los citados art. 615 y 635 TRLC, pero que indirectamente resultará aplicable en cuanto la venta no suponga el pago de la totalidad de los créditos y no haya acuerdo con todos los acreedores; cuando sea sin el consentimiento unánime de los socios; o, en todo caso, cuando el adquirente pretenda que su adquisición del negocio quede a salvo de rescisorias en un hipotético concurso posterior (lo que previsiblemente será pretendido por el adquirente).

En todos esos casos se precisaría homologación *ex art.* 635 TRLC, debiendo encontrarse el deudor en probabilidad de insolvencia (objetiva previsión de que, de no alcanzarse el plan, el deudor no podrá cumplir regularmente las obligaciones que venzan en los próximos dos años —art. 584.2 TRLC—), insolvencia inminente (tres meses antes de cuando se prevea que no se podrán cumplir regularmente las obligaciones —art. 2.3 TRLC—) o incluso en insolvencia actual, siempre que no haya sido admitida a trámite solicitud de concurso necesario (art. 636.2 TRLC).

Si la solicitud de concurso fuera voluntario, cabría que el experto en la reestructuración que se hubiera eventualmente designado o los acreedores que representasen más del 50 % del pasivo

afectado por el plan solicitasen la suspensión de la solicitud durante el plazo de un mes para obtener el resto de mayorías necesarias, contra la presentación de un plan de reestructuración por parte de los acreedores que tenga probabilidad de ser aprobado (arts. 612 y 637 TRLC).

Esto puede permitir a los acreedores presentar un plan de reestructuración que prevea la venta del negocio y evitar el concurso, sin que sea necesario que esa venta de activo esencial sea aprobada por los socios *ex art 160 f) LSC*, dado que el art. 640.2 TRLC así lo dispone de encontrarse el deudor persona jurídica en insolvencia actual o inminente, lo que será el caso si el deudor ha solicitado la declaración de concurso.

Teniendo en cuenta lo establecido en los arts. 612 y 637 TRLC, debe interpretarse que, de concurrir los requisitos referidos, esta suspensión de la solicitud de concurso deberá tener lugar en todo caso, incluso aunque la solicitud presentada por el deudor sea el denominado *prepack* concursal por incorporar una propuesta escrita vinculante de compra del negocio por acreedor o un tercero conforme a lo previsto en el art. 224 bis TRLC.

Al introducir la posibilidad de suspensión de la solicitud de concurso presentada por el deudor, el legislador quiere incentivar que la reestructuración se realice fuera del concurso y que el deudor no utilice el concurso de forma oportunista como instrumento contra los acreedores.

Si el deudor considera que la mejor solución es una venta del negocio, será razonable que proponga a los acreedores las ofertas vinculantes que reciba para su posible instrumentación mediante un plan, ya que, si no lo hiciera así y los acreedores no estuvieran conformes con la oferta presentada, estos siempre podrán dejar sin efecto el acuerdo del deudor y el eventual adquirente mediante la aprobación de un plan de reestructuración con la previa suspensión de la solicitud de concurso.

Para evitar ineficiencias y el riesgo de que los esfuerzos realizados y costes incurridos para la preparación de la oferta sean baldíos y que acabe siendo un *stalking horse*, es esperable que el eventual comprador prefiera "precalificar" previamente la oferta con los acreedores y asegurarse de que no va a ser objeto de oposición por estos mediante la vía de los arts. 612 y 637 TRLC, de forma que la adquisición pase a estructurarse de otra forma, tenga distinto alcance de activo, pasivo asumido, contratos, etc.; o que finalmente su oferta vaya a servir simplemente como referencia para encontrar otro comprador mejor durante el plazo de suspensión de un mes.

2.3. Contenido del plan de reestructuración con venta de negocio

Como ya hemos comentado, la Ley 16/2022 no ha introducido una regulación expresa de los requisitos del plan de reestructuración con venta de negocio ni tampoco de su contenido. El plan deberá contener al menos las menciones que el art. 633 TRLC exige "*como mínimo*" y, además, deberá completarse con información y documentación adicional precisa para poder analizar la operación de venta de negocio y sus efectos.

No es el objeto de este artículo el análisis pormenorizado de todas las menciones generales mínimas que el plan debe tener conforme a lo previsto en el art. 633 TRLC (p. ej., identidad del deudor,

del experto, etc.), pero sí que apuntaré seguidamente sin ánimo de exhaustividad algunos aspectos que considero deberían detallarse en el plan que tenga como objeto la venta del negocio.

2.3.1. LA OFERTA DE COMPRA DEL NEGOCIO

El art. 633.9.º TRLC exige que en el plan se refieran *“las medidas de reestructuración operativa propuestas [...], con justificación de su necesidad y, en su caso, las consecuencias globales para el empleo, como despidos, acuerdos de reducción de jornada o medidas similares”*.

Si el plan tiene como objeto llevar a cabo una venta concreta con un oferente específico, uno de los elementos nucleares del plan de negocio será la incorporación a él de la oferta que el interesado en la adquisición haya realizado y el detalle de todos los efectos que la venta va a tener desde un punto de vista operativo, laboral, etc.

Al objeto de que la oferta pueda servir de base para la configuración del plan y analizar que con ella existen perspectivas razonables para evitar el concurso, considero que la oferta debe ser vinculante, sin perjuicio de que pueda estar sujeta a la homologación del plan o de que pueda estar condicionada suspensivamente a (i) la aprobación de la adquisición por las autoridades de competencia o supervisoras correspondientes; o a (ii) la realización de una modificación estructural que afecte al negocio a transmitir.

Será aconsejable en todo caso que, de forma similar a lo previsto en el art. 224 bis TRLC para el *prepack* concursal, la oferta regule las garantías ofrecidas por el oferente y el resarcimiento de los daños y perjuicios para el caso de que no se cumplan las condiciones y el negocio no pueda ser finalmente adquirido.

En la oferta se indicará el precio ofrecido por la adquisición del negocio, que —como indicaremos en el apartado siguiente— será relevante para analizar si el concurso puede evitarse con los recursos generados, el resto de activos y las medidas previstas en el plan.

La oferta describirá igualmente el negocio que es objeto de transmisión: los activos incluidos dentro de él, los pasivos que eventualmente asuma el adquirente, los contratos en los que se subrogue, etc.

Antes de formular la oferta, el adquirente podrá acordar con la parte que presente el plan (ya sea el deudor o sus acreedores —art. 643.1 TRLC—) la previa delimitación del alcance del negocio adquirido en los términos que resulten aceptables para ambas partes.

Dado que resultarán de aplicación las reglas generales de sucesión de empresa a efectos fiscales, laborales y de Seguridad Social, se deberían detallar los efectos derivados de esa sucesión de empresa (p. ej., relaciones laborales en las que se subrogue el adquirente), incluida la satisfacción del pasivo fiscal, laboral o de Seguridad Social conforme al plan (y la espera que pueda establecer el plan a los créditos de Derecho público bajo el art. 616 bis.2 TRLC). Asimismo, deberán exponerse igualmente en el plan *“las medidas de información y consulta con los trabajadores que, de conformidad con la legislación laboral aplicable, se hayan adoptado o se vayan a adoptar, incluida*

la información del contenido económico relativa al plan de reestructuración, así como las previstas en los casos de adopción de medidas de reestructuración operativas" (art. 633.11.ª TRLC).

2.3.2. LAS PERSPECTIVAS RAZONABLES DE QUE CON LA EJECUCIÓN DE LA VENTA BAJO EL PLAN SE EVITA EL CONCURSO DEL DEUDOR Y SE ASEGURA LA VIABILIDAD DE LA EMPRESA EN EL CORTO Y MEDIO PLAZO

El art. 633.10.ª TRLC indica que en el plan deberán exponerse *"las condiciones necesarias para el éxito del plan de reestructuración y de las razones por las que ofrece una perspectiva razonable de garantizar la viabilidad de la empresa, en el corto y medio plazo, y evitar el concurso del deudor"*. Esta mención no solo es un requisito esencial del contenido del plan, sino que también es precisa para su homologación (art. 638.1.º TRLC), y es causa de impugnación si no se cumpliera (art. 654.4.º TRLC).

A. Perspectivas razonables de evitar el concurso

Como indica el art. 633.10.ª TRLC, el plan debe indicar las razones por las que se considera que la solución prevista en él permite evitar el concurso. En este sentido, los planes liquidativos deben fundamentarse en una concepción de partida: conforme a los términos del plan es razonablemente previsible, "de saque", que se podrá evitar el concurso y que la liquidación será "solvente".

Y para ello se deberá valorar conjuntamente si la suma del precio que se obtendrá con la venta y el valor de los activos que no vayan a venderse y queden en el deudor es suficiente para la satisfacción de los créditos afectados por el plan conforme a los términos previstos en él (p. ej., con las quitas o esperas previstas en el plan) y del resto del pasivo no afectado y aquel que se devengue hasta que se extinga la sociedad deudora.

A fin de cuentas, con lo obtenido de la venta de la empresa y de los activos que queden se pagará a los acreedores y, por tanto, los números del plan deberían cuadrar. Si de sus propios términos resulta que no es suficiente para el pago de los acreedores (incluso con las quitas previstas en el plan), no es razonable pensar que se podrá evitar el concurso y el plan no sería homologable.

No se exige garantía absoluta de que el concurso sea evitable, pero sí que las perspectivas de que pueda evitarse el concurso con la ejecución del plan (incluyendo la venta del negocio) sean razonables y fundamentadas.

Si el plan contemplara solo la venta de una o varias de las unidades productivas, pero no de todo el negocio, deberá analizarse el resultado económico que puede suponer la venta de parte del negocio, el precio obtenido por ello y las perspectivas de viabilidad del resto para poder analizar si, tomando en consideración en conjunto todas esas variables y la reestructuración del pasivo determinada en el plan, se podría razonablemente esperar que sería evitable el concurso del deudor con el resto del negocio que quedase.

B. Las perspectivas razonables que aseguren la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo

El plan deberá exponer las razones que lleven a considerar que la venta aseguraría la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo. Aparte de una mención del plan, es un requisito para su homologación y una eventual causa de impugnación.

A diferencia de lo previsto en el art. 224 bis TRLC para el *prepack* concursal, que exige un compromiso de al menos tres años, el TRLC guarda silencio sobre los compromisos que el eventual adquirente debe asumir en relación con el mantenimiento de la actividad del negocio que adquiere bajo el plan.

No creo que eso deba interpretarse en el sentido de que no sea necesario que el adquirente establezca en su oferta compromisos concretos a este respecto, ya que, si no lo hiciera, sería difícil considerar que el plan tiene perspectivas razonables de asegurar la viabilidad de la empresa.

El elemento controvertido puede ser la duración del alcance de esos compromisos, que deberían ser los suficientes para la viabilidad "*en el corto y medio plazo*". La Ley 16/2022 no ha incorporado criterio interpretativo a este respecto y se arrastran las dudas interpretativas que se tenían sobre el marco temporal que el plan de viabilidad debía tener conforme al antiguo art. 598.1.1.º TRLC, que también indicaba que debía permitir la continuidad de la actividad "*a corto y a medio plazo*".

En este sentido, la mayoría de la doctrina (Piñel, 2009; Cervera, 2021; y Geli, 2021) se inclinaba con el régimen anterior por interpretar que el plazo debería ser al menos de tres años, en atención a que el art. 7.1 TRLC contempla ese tiempo para el detalle, en la memoria que se presente con el concurso, de la actividad económica desarrollada por el deudor. Si seguimos este criterio también en sede de planes para el análisis de sus perspectivas razonables de viabilidad a efectos de impugnación, se puede concluir que el compromiso de mantenimiento de la actividad del negocio vendido debería ser igual al plazo de tres años previsto para la venta en *prepack* concursal.

2.3.3. SATISFACCIÓN DEL PASIVO AFECTADO POR EL PLAN Y DEL RESTO DEL PASIVO

El artículo 633 TRLC exige que el plan indique tanto los acreedores que van a ver sus créditos afectados (art. 633.5.ª TRLC) como los que no lo vayan a estar, señalando las razones de su no afectación (art. 633.8.ª TRLC).

El comprador adquirirá el negocio libre de deudas, que se cancelarán con el precio que pague y el resto de recursos no vendidos de que disponga el deudor (p. ej., caja, derechos de crédito, etc.). El pasivo afectado por el plan se satisfará conforme a los términos del plan. El no afectado se pagará conforme a sus propios términos, que no quedarán modificados.

El adquirente deberá tener en cuenta los posibles efectos que el plan pueda tener respecto de las deudas con garantía real tanto porque se consiga la mayoría suficiente dentro de su clase para su arrastre como para el caso de que la clase de los acreedores privilegiados sea arrastrada por otras clases (*cross class cram down*) y estos mantengan el derecho de ejecución separada (art. 651.1 TRLC) o el derecho a que se les pague en efectivo el valor de la garantía en el plazo de cuatro meses, so pena de ejecutar la garantía en caso contrario (art. 651.2 TRLC).

El adquirente podrá asumir voluntariamente el pago de algunos de los pasivos del deudor. A este respecto, a diferencia del *prepack*, deberá tener en cuenta para estructurar su oferta que será de aplicación el régimen general de sucesión de empresa a efectos fiscales, laborales y de Seguridad Social.

2.3.4. FILIALIZACIÓN

En ocasiones resulta precisa de forma complementaria a la venta del negocio la realización de una previa reorganización societaria de filialización (*hive down*) mediante una segregación o aportación no dineraria de las unidades productivas que se vayan a transmitir a una nueva sociedad. Si se contempla llevar a cabo una filialización previa como parte de la venta del negocio, el plan deberá mencionarlo, ya que se trata de una "*medida de reestructuración operativa*" y, como tal, el art. 633.9.^a TRLC exige que se refiera.

No es el objeto de este artículo realizar un análisis detallado sobre la filialización en el marco de un acuerdo de reestructuración preconcursal, respecto del que ya realicé algunos apuntes bajo el régimen anterior (Alonso y Rubio, 2020). Pero resulta evidente que este instrumento puede suponer ventajas económicas y jurídicas que otorgan protección adicional al adquirente, ya que podrá determinar el perímetro concreto que adquiere separado en una sociedad independiente y que, además, podrá ser un instrumento útil para que tenga lugar una sucesión universal respecto de contratos que consideren necesarios para seguir desarrollando la actividad. Sin duda, todo ello podrá ser muy beneficioso indirectamente para la venta y la obtención de un mayor precio.

En sede concursal se han defendido las ventajas de utilizar una "sociedad puente" para la instrumentación de la venta de la unidad productiva (León, 2016), pero fuera del concurso se planteaban las posibles interferencias que podría suponer el ejercicio del derecho de oposición previsto en el art. 44 LME (Alonso y Rubio, 2020). Uno de los aspectos positivos de la Ley 16/2022 es que aclara cualquier tipo de dudas a este respecto y expresamente establece que "*los acreedores a los que afecte el plan no tendrán derecho de oposición*" si el plan prevé una modificación estructural (art. 631.3 TRLC). Tendrán en su lugar el derecho a impugnar el plan conforme a las reglas generales como el resto de acreedores afectados, pero no los beneficios del derecho de oposición ni que se les garanticen sus créditos.

2.3.5. CESIÓN O RESOLUCIÓN DE CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO. LICENCIAS ADMINISTRATIVAS

El plan debe indicar los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que vayan a quedar resueltos por el plan (art. 633.6.^ª TRLC) conforme al régimen previsto en el art. 620 TRLC para el caso de que no haya habido acuerdo sobre la modificación o resolución del contrato entre el deudor y la otra parte contratante. En esa situación, según se deduce del art. 657.2.^º TRLC en sede de impugnación, el plan detallará la indemnización que se le deba a la contraparte por la resolución (y que podrá impugnar vía art. 657 TRLC, de no estar conforme), pudiendo dicha indemnización quedar afectada por el plan (art. 620.2 TRLC).

Como adelantábamos más arriba, en la fase de preparación de la oferta el deudor y el eventual adquirente determinarán aquellos contratos en los que este último tenga interés en subrogarse para iniciar las correspondientes conversaciones con la contraparte del deudor, dado que en este ámbito no es de aplicación la imposición de subrogación prevista por el art. 222 TRLC en sede concursal.

Si la contraparte del deudor no accediera a la subrogación, el plan podrá prever la resolución del contrato, quedando el crédito indemnizatorio afectado por el plan. Sin duda, esto puede ser una poderosa arma de negociación del deudor y del posible adquirente para facilitar un acuerdo con la contraparte del deudor.

En materia de licencias y autorizaciones administrativas, la venta bajo el plan no se beneficiará del régimen previsto en el art. 222.3 TRLC para la subrogación del adquirente en caso de la unidad productiva en concurso. La posible subrogación deberá analizarse en cada caso conforme a los requisitos aplicables según la normativa administrativa correspondiente.

2.4. Elección de la oferta de compra y exclusividad

La elección de la oferta de compra tendrá lugar antes de la preparación y homologación del plan. Podría pedirse al Juzgado de lo Mercantil que, para buscar posibles interesados y elegir ofertas, se nombre al nuevo experto para recabar ofertas de adquisición de unidades productivas previsto en los arts. 224 ter y ss. TRLC, pero no es un requisito necesario.

Tampoco es aplicable en sede del plan de reestructuración un proceso de concurrencia o mejora similar al previsto por el art. 224 bis TRLC para el *prepack* concursal, por lo que, en términos prácticos, el adquirente cuya oferta sea elegida para presentar con el plan obtendrá una suerte de exclusividad y evitará el riesgo de *stalking horse*. Esta exclusividad supone una prima en términos de precio.

El auténtico test de que la oferta presentada es apropiada es que obtenga la mayoría de aprobación suficiente de los acreedores y las respectivas clases. Si se aprueba por los acreedores conforme a las reglas de los planes, debe considerarse que se muestran conformes con el resultado que se obtiene con la liquidación del negocio que se lleva a cabo con la venta.

La respuesta frente a posibles abusos será la impugnación conforme a los motivos previstos en los arts. 654 y ss. TRLC por cada una de las partes afectadas. A este respecto, resulta apropiado destacar que los acreedores podrán impugnar si el plan que establezca la venta no supera la prueba del interés superior de los acreedores prevista en el art. 654.7.º TRLC, entendido como el mayor perjuicio que sufrirían si lo que obtuvieran bajo el plan fuera inferior a lo que obtendrían en concurso de la venta de activos o de la unidad productiva. Para el cálculo de esto último se considerará que el pago de la cuota de liquidación tendría lugar en los dos años siguientes a la formalización del plan.

Como hemos indicado más arriba, el precio que presumiblemente se obtenga por la venta del negocio fuera de concurso debería ser, salvo ofertas oportunistas a derribo, superior al que se pagaría en liquidación por la venta del negocio en concurso.

Será el experto que se designe conforme a lo previsto en el art. 672 TRLC (su nombramiento será necesario al ser precisa homologación) el que realice ese análisis comparativo conforme a la valoración del negocio en uno y otro caso.

2.5. Afectación de los derechos de los socios

El artículo 633.7.ª TRLC dispone que el plan deberá referir si va a afectar los derechos de socios. Dado que el plan que tenga como objeto la venta del negocio supone una liquidación de la sociedad, el plan afecta los derechos de los socios, entre otras cosas, a su cuota del dividendo de liquidación. Por ello, aquellos socios que no hayan aprobado el plan estarán legitimados para impugnar por los motivos previstos en el art. 656 TRLC, entre otros, porque el plan no ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso o de viabilidad de la empresa, o porque una clase de acreedores vaya a recibir un valor superior al importe de sus créditos.

En cuanto a la aprobación por Junta de la venta del negocio, será preciso con carácter general en cuanto activo esencial de la sociedad (art. 160.f LSC). Ello no obstante, podrá llevarse a cabo la venta incluso aunque la mayoría de los socios la rechazara si el deudor se encontrara en situación de insolvencia actual o inminente (art. 640 TRLC).

Debe advertirse que en sede de planes de reestructuración no rige la regla del art. 224.2 TRLC, que prevé para el concurso que, si el adquirente de la unidad productiva es una persona especialmente relacionada con el concursado, no quedará liberado de la deuda concursal.

Y tiene sentido que no rija en sede de planes, dado que entre otros aspectos, aunque el adquirente pueda comprar el negocio libre de deuda (salvo por lo ya indicado respecto de los acreedores con privilegio fiscal), no queda liberado de ciertos pasivos de los que sí lo haría un tercer adquirente no relacionado (p. ej., obligaciones fiscales por aplicación del art. 42.c LGT, en la parte laboral por lo previsto en el art. 224.1.3.º TRLC).

Además, debe tenerse en cuenta que en sede concursal los acreedores no tienen margen de decisión y, por tanto, no pueden evitar que el adquirente sea una persona especialmente relacionada con el deudor que pueda querer utilizar el concurso para quedar liberado de sus obligaciones. En

cambio, en sede de planes son los propios acreedores los que deciden con las mayorías suficientes si la venta del negocio mediante el plan a una determinada persona es una alternativa apropiada o no de satisfacción de su crédito.

Y, por supuesto, le quedan en todo caso a los acreedores disidentes las vías de defensa previstas con carácter general en los artículos 654 y 655 TRLC para la impugnación del plan (no tratamiento paritario, reducción del valor de sus créditos mayor del necesario, prueba del interés superior de los acreedores, peor tratamiento que otras clases con mismo rango, etc.). Incluso podrán los acreedores disidentes impugnar por vulneración de la regla de prioridad absoluta si consideran que los socios *"van a recibir cualquier pago o conservar cualquier derecho, acción o participación en el deudor"* y la clase de los acreedores impugnantes vaya a recibir un valor inferior al importe de sus créditos, lo que podrá ser el caso, por ejemplo, si se produce la venta de una unidad productiva y permanece el deudor con el resto del negocio.

2.6. Protección contra acciones rescisorias

La garantía al comprador de que su adquisición estará protegida frente a escenarios concursales (p.ej. que el concurso tuviera lugar por circunstancias que el comprador desconociera y no hubieran podido ser previstas en el plan) es, sin duda, una prima que genera un mayor precio respecto del que se pagaría normalmente en circunstancias de crisis si no hubiera la protección que facilita la homologación.

El art. 667.1.3.^º TRLC indica que no serán rescindibles *"los actos, operaciones o negocios que sean razonables e inmediatamente necesarios para la ejecución del plan"*, siempre que los créditos afectados por el plan homologado representen al menos el 51 % del pasivo total (nótese que no es una mayoría de voto, sino el porcentaje referido al pasivo afectado), salvo prueba de que se realizaron en fraude de acreedores.

La venta del negocio que se realice en ejecución del plan, sin duda, es un acto necesario para llevarlo a cabo y, por tanto, quedaría protegido frente a rescisiones en caso de un eventual concurso posterior, si se cumple el requisito previsto en el art. 667.1 TRLC.

3. Prepack concursal

La Ley 16/2022 ha incorporado algunos cambios principalmente procedimentales en el conocido como *prepack* concursal, entendido como tal el concurso solicitado por el deudor que se inicia con la presentación de una oferta vinculante de compra de una o varias unidades productivas. Es decir, se trata de la negociación y elección en la fase preconcursal por el deudor de la oferta de compra al objeto de que, una vez declarado el concurso, se autorice judicialmente la venta con las protecciones que ello supone.

Esta alternativa se incorporó a nuestro ordenamiento en 2011 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y antes de la Ley 16/2022 se encontraba regulada en el art. 530 TRLC.

La Ley 16/2011 deroga el referido art. 530 TRLC y en su lugar regula el *prepack* concursal en el art. 224 bis TRLC, que analizaré seguidamente. A este respecto, debo advertir que no haré una exposición detallada de la regulación concursal general de la venta de unidades productivas en sede concursal, que principalmente se mantiene, dado que excede del objeto de este artículo y, en cierta medida, se han apuntado sus principales características al hilo del análisis de la venta del negocio bajo el plan de reestructuración, al comparar esta venta con la que tendría lugar en sede concursal.

3.1. Requisitos de la propuesta de compra

La iniciativa en la elección de la propuesta de compra que se presente con la solicitud del concurso se atribuye al deudor, que podrá haber solicitado anteriormente el nombramiento de experto para recabar ofertas de los arts. 224 ter y ss., aunque no es un requisito imprescindible.

El antiguo art. 530 TRLC era especialmente parco y solo exigía que la propuesta tuviera carácter vinculante, que se realizara por escrito y que tuviera como objeto la adquisición de unidad productiva "*en funcionamiento*", impidiendo, por tanto, la adquisición de negocios que hubieran cesado en su actividad.

El nuevo art. 224 bis TRLC mantiene la exigencia de que la propuesta de compra sea por escrito y vinculante, pero ya no limita la compra de negocios sin actividad si la oferta incorpora un compromiso del adquirente de reiniciarla.

Además, otro de los elementos que llama la atención es la especial referencia que el art. 224 bis TRLC incorpora de que la oferta sea "*de acreedor o tercero*", que el anterior art. 530 TRLC no consideraba necesario aclarar. Si el adquirente fuera una persona especialmente relacionada, no podrá quedar liberado de la deuda concursal o contra la masa por impedirlo el art. 224.2 TRLC.

Sin duda, es una llamada tanto a acreedores como al propio deudor para que tengan en cuenta el *prepack* como instrumento para la adquisición del negocio por el acreedor como medida de reestructuración si otras alternativas como los planes de reestructuración no son factibles. En este sentido, cabe destacar que el art. 224 bis.3 TRLC recuerda que los trabajadores interesados en la sucesión de empresa mediante sociedad cooperativa, laboral o participada podrán presentar oferta vinculante de compra.

Además, el art. 224 bis TRLC incorpora legalmente la necesidad de que la oferta incluya compromisos del adquirente de mantenimiento (o reinicio) de la actividad por un mínimo de tres años,² estableciéndose expresamente que cualquier afectado podrá reclamar daños y perjuicios al adquirente si incumpliere su compromiso.

Esos afectados considero que deberían ser únicamente las contrapartes del deudor al tiempo de la adquisición, ya que son a los que afecta la continuación de la actividad (p. ej., trabajadores,

² Este plazo podría reducirse a dos años si se aprueba la enmienda propuesta por los partidos de la coalición gubernamental al Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia, que se tramita actualmente en el Congreso.

contrapartes de contratos del deudor asumidos por el adquirente como parte de la unidad productiva, etc.). Tengo dudas de que pudieran alegar este compromiso otros terceros que contraten en el futuro con la nueva sociedad titular del negocio, que lo harán en atención a la valoración que realicen de la situación patrimonial que representen sus cuentas en cada momento.

Era práctica habitual en las ofertas de compra de unidades productivas bajo el régimen anterior que el adquirente asumiera compromisos genéricos de mantenimiento de la actividad cuya exigibilidad efectiva era dudosa. Ahora, en cambio, se exige un compromiso cierto y concreto al respecto. No creo, no obstante, que el art. 224 bis TRLC quiera configurar este compromiso como una obligación de resultado, sino de mera actividad y de previsión razonable, al objeto de que el adquirente realice una estimación previa y rigurosa de los recursos que será necesario facilitar para cumplir ese compromiso y que efectivamente se pongan a disposición del negocio adquirido. Si, a pesar de ello, no es posible el mantenimiento de la actividad por circunstancias que se escapen del control del adquirente (p. ej., por hechos extraordinarios específicos del negocio, circunstancias de fuerza mayor, etc.), no parece que ello deba suponer responsabilidad para el adquirente, aunque será algo a analizar en la eventual reclamación que se plantee al respecto según las circunstancias de cada caso.

Otra duda que se puede plantear es si el mantenimiento de la actividad debe entenderse referido al mantenimiento de los puestos de trabajo o más bien al desarrollo de la actividad económica llevada a cabo por el deudor. El TRLC distingue en otros artículos entre ambos casos (continuidad de empresa y puestos de trabajo) y podría interpretarse que, al referirse en el art. 224.1 TRLC a continuar o reiniciar la empresa, no se está refiriendo al mantenimiento de los puestos de trabajo, sino de la actividad. En todo caso, como indicaba más arriba, no considero que sea una obligación de resultado, sino de mera actividad y previsión razonable y que, por tanto, la responsabilidad del adquirente debe analizarse desde este último punto de vista.

La oferta podrá estar sujeta a la aprobación judicial y también al cumplimiento de condiciones suspensivas, *"tales como la aprobación de la adquisición por parte de las autoridades de competencia o supervisoras, o a la realización de una modificación estructural que afecte a los activos a transmitir"* (art. 224 bis. 7.1 TRLC), para las que se podrá establecer en la oferta vinculante un plazo para su cumplimiento (art. 224 bis. 7.2 TRLC). El citado precepto no establece una lista cerrada de las condiciones suspensivas a las que se puede sujetar la operación. Por ejemplo, el comprador podrá sujetar su compromiso a que el juez de lo mercantil determine bajo el art. 221 TRLC que la sucesión de empresa únicamente alcance a los trabajadores que se refieran en la oferta y que las deudas de Seguridad Social relativas a esos trabajadores no excedan de la cuantía prevista en ella.

El juez podrá solicitar caución o garantía suficiente de consumación *"si las condiciones suspensivas se cumplieran en el plazo máximo para ello establecido en la oferta vinculante"* (art. 224 bis. 7.2 TRLC). Si las condiciones no se cumplieran en el plazo previsto en la oferta, el adquirente quedará liberado de su obligación de adquirir, si bien el juez le podrá exigir *"el resarcimiento de los gastos o costes incurridos por el concurso"* (art. 224 bis. 7.2 TRLC *in fine*). En ese caso, sin duda, se podrá reabrir de nuevo el procedimiento de venta para encontrar a otro posible adquirente o incluso no descartar un eventual convenio, dado que, al no haberse abierto la liquidación, técnicamente sería factible.

3.2. Tramitación y procedimiento de publicidad

A diferencia del art. 530 TRLC, el nuevo art. 224 bis no exige la apertura de la liquidación. El único requisito es que la oferta se presente por el deudor con la solicitud de concurso y, por tanto, que en ella se pida al juez de lo mercantil que se inicie el procedimiento previsto en el art. 224 bis TRLC.

El juez de lo mercantil deberá analizar si la oferta cumple con los requisitos el art. 224 bis.1 TRLC y, en el propio auto de declaración de concurso, el juez concederá un plazo común de quince días para que (i) la administración concursal emita informe de evaluación de la propuesta; (ii) los acreedores se puedan personar y realizar alegaciones; y también para que (iii) cualquier interesado pueda presentar propuesta vinculante alternativa, que deberá cumplir con los requisitos mínimos del art. 224 bis.1 TRLC.

Obviamente, el plazo tan reducido que se prevé para la presentación de ofertas alternativas solo podrá ser aprovechado por aquellos interesados que hayan participado previamente en el proceso de recabar ofertas que haya sido abierto, bien por el experto del art. 224 ter TRLC, bien por el propio deudor, que deberá justificar y acreditar en su solicitud que previamente a la presentación ha desarrollado un proceso transparente, competitivo y con igualdad de armas para la búsqueda de posibles adquirentes, habiéndose dirigido a los actores relevantes de la industria en la que desarrolla su actividad, fondos, acreedores, etc.

Aunque no se prevea en el art. 224 bis TRLC, si se establece que la venta de activos de la unidad productiva se realice sin subsistencia de garantías con derecho de ejecución separada y el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía, cabría plantearse si el juez previamente a la tramitación de la oferta debería requerir al deudor y al ofertante que declarasen si al menos el 75 % de la clase del pasivo privilegiado especial afectado por la transmisión ha dado su conformidad a la oferta, dado que si no la tuvieran, no sería posible la transmisión según el art. 214.1.^a.2 TRLC. Si la transmisión de los activos de la unidad productiva se prevé que sea con subsistencia de garantías, se deberá facilitar al juez información que le permita velar porque el adquirente tenga la solvencia y medios necesarios para asumir la obligación que se transmite (art. 214.2^a TRLC).

En el auto de declaración de concurso se ordenará la publicación de la oferta en el Registro Público Concursal, y el juez de lo mercantil podrá requerir al deudor y al ofertante "*cuanta información considere necesaria o conveniente para facilitar la presentación de otras ofertas por acreedores o terceros*", que será igualmente publicada en el referido Registro (art. 224 bis.9 TRLC).

El juez de lo mercantil será el competente para declarar la existencia de sucesión de empresa y delimitar su alcance si la oferta de adquisición de compra no alcanza a todos los "*activos, pasivos y relaciones laborales*" que componen la empresa (art. 221.2 TRLC). El juez de lo mercantil podrá recabar informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre "*las relaciones laborales afectas a la enajenación de la unidad productiva y las posibles deudas de la seguridad social relativas a esos trabajadores*", que deberá emitirse en el plazo improrrogable de diez días (art. 221.3 TRLC).

Además, debe tenerse en cuenta que el art. 220 TRLC dispone que, de forma previa a la adopción de las resoluciones relativas a la enajenación de la empresa o de unidades productivas, deberá darse audiencia a los representantes de los trabajadores por plazo de quince días. También será

necesario dar audiencia a los acreedores privilegiados para la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente (art. 212 TRLC).

No se prevé en el art. 224 bis TRLC cómo deben coordinarse los plazos previstos en los arts. 212 y 220 TRLC o los precisos para determinar el alcance limitado de la sucesión de empresa, con el referido plazo común de quince días del art. 224.2 bis TRLC, que se concede con el auto de declaración de concurso.

Si bien considero que el plazo para la audiencia de los acreedores privilegiados y los representantes de los acreedores podría darse de forma simultánea con el previsto en el art. 224.2 bis TRLC en el mismo auto de declaración de concurso, tengo más dudas en relación con el tiempo que será necesario para determinar judicialmente (en especial si se solicita informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social) el alcance de la sucesión universal. Debe recordarse a este respecto que una de las condiciones que seguramente exigirá el oferente en caso de que no asuma una sucesión universal total es que previamente se determine en firme judicialmente que el alcance de la sucesión sea el previsto en la oferta. El art. 224 bis TRLC no regula este aspecto, pero considero que se puede abordar de dos maneras:

- i. Lanzar el proceso conforme al art. 224 bis TRLC con el fin de que la confirmación judicial del alcance de la sucesión de empresa (después del referido informe de la Inspección) tenga lugar en paralelo lo antes posible, pero sin que ello suspenda el plazo de quince días del art. 224 bis.2 TRLC o el proceso de concurrencia, en su caso, del art. 224 bis.6 TRLC. Obviamente, con esta alternativa se corre el riesgo de que todos los esfuerzos que se lleven a cabo sean baldíos si finalmente el alcance de la sucesión universal determinado por el juez, previo informe de la Inspección, no es el fijado por el adquirente en su oferta.
- ii. Suspender el plazo de quince días del art. 224 bis.2 TRLC a la espera de la previa decisión judicial sobre el alcance de la sucesión de empresa, que podrá ser útil no solo para verificar que la oferta del adquirente es viable, sino también para facilitar el concurso de otras posibles ofertas.

3.3. Procedimiento de concurrencia

El anterior art. 530 TRLC no disponía la existencia de un proceso de concurrencia en el caso de que se presentase un plan de liquidación con una oferta de compra vinculante. No obstante, la experiencia en la aplicación del art. 530 TRLC es que, salvo muy contadas excepciones, el juez de lo mercantil solía acordar la apertura de un proceso de concurrencia, quedando la oferta presentada inicialmente como referencia de base a batir.

El art. 224 bis TRLC impone ahora un trámite de llamada de ofertas, mediante la publicación en el Registro Público Concursal de la presentada con la solicitud de concurso (art. 224 bis.9 TRLC) y la concesión del plazo de quince días del art. 224 bis.3 TRLC para la presentación de ofertas alternativas.

En caso de que se presentasen, el juez requerirá a la administración concursal informe de evaluación en el plazo de cinco días (art. 224 bis.4 TRLC), en el que se deberán analizar los efectos que cada una de las ofertas pudiera tener en las masas activa y pasiva debido a la resolución de los contratos que fuera preciso realizar como consecuencia de cada una de las propuestas (art. 224 bis.5 TRLC).

No exige el art. 224 bis TRLC que las ofertas alternativas que se presenten deban seguir necesariamente el perímetro y las condiciones que se hayan fijado por la primera oferta (p. ej., fijando un mayor o menor perímetro de adquisición del negocio, subrogación de contratos, etc.). Otra cosa es que en la valoración que la administración concursal deba hacer de cada oferta será preciso que tenga en cuenta las diferencias de una y otra oferta para valorar el impacto que cada una de ellas tenga en la masa activa y pasiva y, por tanto, que se puedan comparar las ventajas de una y otra en términos netos (p. ej., una oferta con un mayor precio puede ser menos interesante en su conjunto que otra con un precio menor si supone una menor subrogación en contratos cuya resolución pudiera suponer una indemnización superior al precio extra ofrecido).

Una vez emitidos los informes de la administración concursal (parece que el art. 224 bis TRLC prevé que se puedan pedir varios a la administración concursal según las circunstancias del caso), el juez abrirá un periodo para la mejora de las ofertas presentadas en caso de que haya varias.

No regula el art. 224 bis.6 TRLC cómo debe articularse el procedimiento de esa mejora. No parece que esté pensando en una "subastilla" que se realice presencialmente, dado que establece la concesión de un plazo de tres días para que realicen la mejora.

Esa mejora de la oferta debería presentarse, en principio, en el Juzgado. No se establecen las precauciones que el juez debería adoptar para que se mantenga el debido secreto y confidencialidad de las ofertas presentadas. Sería aconsejable que se adoptaran ciertas precauciones para evitar que algún oferente pudiera beneficiarse del conocimiento del resto de las ofertas para mejorar la suya.

En los tres días siguientes al término del plazo de mejora, el juez aprobará la venta conforme a la oferta *"que resulte más ventajosa para el interés del concurso"*.

Aunque la cuestión no es fácil y puede dar lugar a distintas interpretaciones, me inclino a considerar que el análisis de qué oferta se considera más ventajosa para el interés del concurso deberá realizarse en términos globales en atención a la valoración que la administración concursal haya venido a realizar y el efecto que pudiera tener cada una de ellas en las masas activas y pasivas, a lo que nos referíamos antes.

Asimismo, si los trabajadores hubieran presentado oferta, en atención al interés del concurso, la continuidad de la empresa y los puestos de trabajo (entre otros criterios), el juez elegirá en primer lugar la oferta de los trabajadores, siempre que sea al menos igual o superior a las otras alternativas, lo que en cierto modo viene a reforzar que la comparativa entre todas las ofertas debe realizarse en términos económicos netos (incluido el efecto que una y otra tenga en las masas activas y pasivas), dado que la comparativa con el resto de ofertas se plantea en términos que encajan mejor en un sentido económico (*"igual o superior"*).

Si se considera que este periodo de mejora de ofertas es similar a una subasta, podría entenderse que es aplicable por la remisión al régimen general que realiza el art. 224 bis.8 TRLC la regla de preferencia prevista en el art. 219 TRLC para la adjudicación al oferente cuya oferta no difiera en más del 15 % de la oferta superior, cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la actividad y los puestos de trabajo, así como la mejor y más rápida satisfacción de los créditos de los acreedores. Entiendo que podría realizarse esta interpretación, pero sería en todo caso conveniente que el juez advierta antes del trámite de mejora la aplicación de la regla prevista en el art. 219 TRLC para evitar el riesgo de litigiosidad posterior.

En cuanto a la posibilidad de recurso, dado que en el nuevo *prepack* la oferta no se instrumenta dentro de un plan de liquidación (que, por otra parte, se ha eliminado por la Ley 16/2022), la resolución por la que se apruebe la venta no será recurrible en apelación, sino a través de un mero recurso de reposición conforme al régimen general de recursos para autorizaciones judiciales (art. 518 TRLC).

4. Conclusión

La Ley 16/2022 ha modificado el instrumento concursal del que disponíamos para la venta de negocio a través del llamado *prepack* y, por otra parte, ha abierto la posibilidad de que la venta también se realice fuera del concurso mediante un plan de reestructuración con aprobación de los acreedores con las mayorías correspondientes.

En ambos casos convendrá llegar a un acuerdo con los acreedores con privilegio especial con derecho de ejecución separada, dado que podrían impedir la venta si no se tiene la aprobación del 75 % de su clase. En el caso de los planes de reestructuración podría haber más margen para imponer la decisión a los acreedores privilegiados si fuera posible arrastrarlos por otras clases que estuvieran en el dinero, pero los acreedores privilegiados mantendrían el derecho de ejecución separada con los requisitos del art. 651 TRLC, salvo que el plan prevea el pago en efectivo del valor de la garantía en cuatro meses.

También será necesario asumir en ambos casos ciertos compromisos de mantenimiento de la actividad. Igualmente, los dos instrumentos se benefician de una posibilidad limitada de recurso (impugnación del plan sin que sea posible apelación, y recurso de reposición en caso del *prepack*).

Sin embargo, las ventajas de la venta bajo plan son sustanciales.

La primera es el mayor valor que se obtiene por la venta fuera del concurso, por el menor efecto disruptivo que puede tener en el negocio, al no tener que pasar por el concurso, por la mayor flexibilidad que puede suponer para su instrumentación e incluso para las partes especialmente relacionadas, etc.

Además, en caso de venta bajo el plan, se le puede asegurar al oferente que va a tener una suerte de exclusividad porque no existe proceso competitivo, a diferencia del *prepack*, en el que puede

haber un riesgo de que su oferta pase a ser la base para otras (riesgo de *stalking horse*). Esta exclusividad supone una prima de precio en favor de los acreedores.

Pero, como indicaba al principio al contar la historia de los LP y los *singles*, eso no significa que el *prepack* no tenga su nicho como instrumento eficiente de reestructuración. Al contrario, será sin duda una alternativa a considerar en aquellos casos en que la actividad haya cesado o el pasivo fiscal sea muy relevante y el impacto de la asunción por el oferente, al descontarlo en precio, perjudique las perspectivas de recobro para el resto de acreedores.

También será una alternativa el *prepack* cuando sea imprescindible, para asegurar la venta, que tenga lugar una sucesión laboral limitada, en que los Juzgados de lo Mercantil serán los competentes para resolver al respecto. En el pasado, estos se han mostrado proclives a limitar el alcance de la sucesión al objeto de facilitar la venta de las unidades productivas. Sobre esto último habrá que esperar al criterio que vayan a seguir después de la reforma introducida por la Ley 16/2022 y, en especial, del análisis que realice la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social sobre el alcance de esa sucesión.

Tanto la venta bajo el plan como con el *prepack* concursal son nuevos instrumentos que van ser muy útiles para hacer frente a esas situaciones en las que no sea posible una mera refinanciación o reestructuración del deudor, sino que sea necesario salvar el negocio y preservar su valor en beneficio de los acreedores, poniéndolo en otras manos.

Bibliografía

ALONSO HERNÁNDEZ, Ángel; RUBIO SANZ, Javier (2020). La venta de negocios y la filialización («hive-down») como instrumentos solutorios y alternativas del acuerdo de refinanciación. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33.

AZOFRA VEGAS, Fernando (2020). Enajenación de unidades productivas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54.

CERVERA MARTÍNEZ, Marta (2021). Requisitos de los acuerdos colectivos de refinanciación. En P. PRENDES CARRIL; N. FACHAL NOGUER (coord.), *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, vol. II, pp. 1178-1187.

GARCIMARTÍN, F. J. y MARCUELLO, J. I. (2015). El marco legal en los países de nuestro entorno. En LLORET, J. y MARQUÉS, J. M.^a (Coord.) *La venta de la unidad productiva en sede concursal*. Barcelona. Bosch, pp. 70 y ss.

GELI FERNÁNDEZ-PEÑAFLORES, Eduardo (2021). Artículo 598. Requisitos de los acuerdos colectivos de refinanciación. En A. VEIGA COPO; M. MARTÍNEZ MUÑOZ (coord.), *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, vol. II, pp. 1517-1531.

HOTCHKISS, E. S.; MOORADIAN, R. M. (2010). Acquisitions as a means of restructuring firms in Chapter 11. En E. ECKBO et al., *Corporate Takeovers, Modern Empirical Developments*. Academic Press, Elsevier, vol. II, p. 303.

LEÓN SANZ, Francisco José (2016). La transmisión de unidades productivas como objeto de aportación. Estudio sobre derecho de Sociedades. En F. RODRÍGUEZ ARTIGAS; G. ESTEBAN VELASCO; M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coord.), *Liber Amicorum Profesor Luis Fernández de la Gándara*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 887-910.

PIÑEL LÓPEZ, Enrique (2009). Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 11.

Artículos

EL SISTEMA DE REINTEGRACIÓN CONCURSAL EN LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL

Javier Yáñez Evangelista

Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)

El sistema de reintegración concursal en la reforma de la Ley Concursal

El objeto del presente trabajo es realizar una aproximación analítica a las principales novedades operadas en el sistema de reintegración concursal por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. Tal como explicaremos a continuación, las modificaciones operadas en el artículo 226 de la Ley Concursal (en adelante "LC") han alterado profundamente el ámbito objetivo de las acciones de reintegración, tanto en lo referente al dies a quo del periodo sospechoso, que en aplicación del principio básico de litispendencia ha adelantado a la mera solicitud de concurso, como el ámbito temporal en el que se ha llevado a efecto el acto perjudicial para la masa. Más allá de esas reformas tendentes a dotar de mayor eficacia el sistema de reintegración concursal, es importante destacar otras reformas no menores que derivan de la supresión del concurso consecutivo y la introducción de los planes de reestructuración.

PALABRAS CLAVE:

ACCIONES DE REINTEGRACIÓN, CONCURSO CONSECUTIVO, INICIO DEL PERIODO SOSPECHOSO, SOLICITUD DE CONCURSO.

Main changes to clawback actions following the Insolvency Law reform

This article analyses the main changes to clawback actions following the Spanish Insolvency Reform. The changes to article 226 of the Insolvency Law have significantly modified the objective scope of clawback actions, in terms of (i) when the payment suspension period (periodo sospechoso) begins, which has been brought forward to when the insolvency petition is filed pursuant to the principle of lis pendens and (ii) the timeframe during which actions that are detrimental to the insolvent estate occur. Other than these changes and in order to make the insolvency refund system more efficient, we highlight other not so minor changes deriving from doing away with consecutive insolvency proceedings and introducing restructuring plans.

KEYWORDS:

CLAWBACK ACTIONS, CONSECUTIVE INSOLVENCY, START OF THE PAYMENT SUSPENSION PERIOD, INSOLVENCY PETITION.

FECHA DE RECEPCIÓN: 24-10-2022**FECHA DE ACEPTACIÓN: 27-10-2022**

Yáñez Evangelista, Javier (2022). El sistema de reintegración concursal en la reforma de la Ley Concursal. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 159-169 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción: breves reflexiones sobre el sistema de reintegración en la LC y su longevidad

Con la promulgación de la Ley Concursal en 2003¹, se abandonó el régimen de retroacción de la quiebra y sus perturbadores efectos en el principio de seguridad jurídica.

Así, bajo el régimen de la quiebra y suspensión de pagos se producía una fragmentación del periodo sospechoso en el que se debían analizar los actos dispositivo realizados por el deudor. Por un lado, se establecía un periodo de retroacción cuyo inicio era fijado por el juez en cada caso concreto teniendo en cuenta en qué momento se produjo el sobreseimiento del quebrado en el pago corriente de sus obligaciones y, por otro lado, una serie de periodos sospechosos anteriores al periodo de retroacción (de existir este) o a la fecha de declaración de la quiebra, en los que mediante el juego de presunciones se facilitaba la ineficacia de los actos del deudor. De otro lado, el artículo 878 del CCom sancionaba con la nulidad todos los actos realizados por el quebrado posteriores a la época en que se retrotraeran los efectos de la quiebra.

La jurisprudencia se encargó de suavizar el rigor de esa declaración y excluir de la sanción de la nulidad los actos que correspondan al giro y tráfico ordinario del quebrado, o los que resulten beneficiosos para el quebrado y los acreedores o, al menos, no causen lesión o perjuicio a estos².

Por el contrario, la Ley 22/2003 optó por un sistema de ineficacia relativa de los actos realizados por el deudor en el periodo establecido legalmente o periodo sospechoso y no susceptible de modulación en cada caso concreto. De esa forma, eran susceptibles de rescisión los actos realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso que resultasen perjudiciales para la masa activa. A fin de facilitar la prueba del perjuicio, se incluían una serie de presunciones *iuris et de iure* y *iuris tantum* (en gran parte coincidentes con las previstas en la legislación precedente).

¹ Ley 22/2003, de 9 de julio.

² Como precisa la sentencia 801/2010, de 14 diciembre (RJ 2011, 141), “superando oscilaciones anteriores se ha inclinado de modo definitivo por el criterio denominado “flexible”, con arreglo al cual «la ineficacia establecida en el párrafo segundo del art. 878 del Código de Comercio no alcanza a los actos que correspondan al giro y tráfico ordinario del quebrado, ni tampoco a aquellos actos que resulten beneficiosos para el quebrado y los acreedores o al menos no causen lesión o perjuicio a éstos», de tal forma que, como sostiene la sentencia 676/2010 de 10 noviembre (JUR 2010, 411026), “la ineficacia establecida en el párrafo segundo del art. 878 C. Com. no alcanza a los actos que correspondan al giro y tráfico ordinario del quebrado (ej. pagos de cuotas de la seguridad social, de suministros o de arrendamientos), ni tampoco a aquellos que resulten beneficiosos para el quebrado y los acreedores o al menos no causen lesión o perjuicio a éstos”.

Este sistema de ineficacia relativa se ha mantenido inalterado en lo sustancial desde el año 2003 a pesar de las sucesivas modificaciones operadas por la Ley Concursal, ello dejando a salvo la introducción de escudos protectores a las operaciones de refinanciación homologadas introducidos por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo.

La razón es evidente: el sistema de reintegración resulta más respetuoso con la seguridad jurídica que el anterior sistema de retroacción de la quiebra y al tiempo resulta flexible para adaptarse a las diferentes circunstancias concurrentes, y ser eficiente para el fin propuesto, que no es otro que lograr la adecuada integración de la masa activa, mediante la reparación de los sacrificios patrimoniales injustificados del deudor producidos antes de la declaración de concurso.

La Ley 16/2022 introduce importantes modificaciones en el ámbito objetivo de las acciones de reintegración mediante la ampliación del periodo sospechoso en el que deben llevarse a cabo los actos dispositivos del deudor, poniendo coto a determinadas conductas oportunistas que, en determinados supuestos, habían llevado a cabo algunos deudores aprovechando la dilación en la respuesta judicial, derivada de la situación de sobrecarga a la que, en general, se han visto expuestos los juzgados mercantiles en los últimos años.

Junto con las anteriores modificaciones en el articulado relativo a las acciones de reintegración, resulta relevante destacar las consecuencias que derivan de la derogación del concurso consecutivo y de la introducción del régimen específico de protección de la financiación interina y nueva financiación previstos en el capítulo VI del título II del libro II de la LC.

Analizaremos separadamente ambas modificaciones y sus implicaciones en el procedimiento concursal.

2. Modificaciones del ámbito objetivo de la acción de reintegración

2.1. La reconfiguración del periodo sospechoso por aplicación del principio de litispendencia

Conforme establece el artículo 410 de la LEC los efectos de la litispendencia se producen desde la demanda si después es admitida. De otro lado, la Ley de Enjuiciamiento Civil resulta de aplicación supletoria en lo no previsto por la Ley Concursal. Así lo disponía la disposición final quinta de la Ley 22/2003 y el artículo 521 del actual Texto Refundido de la LC.

Partiendo de ese razonamiento, no han faltado resoluciones que ya bajo el régimen anterior postulaban una interpretación flexible que permitiera que el *dies a quo* del periodo sospechoso de los dos años se fijase en la solicitud de concurso y no en la fecha de la declaración³.

³ Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección Cuarta) núm. 198/2014, de 27 de marzo, y núm. 288/2015, y de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Quinta) de 29 de mayo.

No obstante, lo cierto es que dichas resoluciones eran minoritarias⁴, y la cuestión desde antiguo fue pacificada por el Tribunal Supremo en su Sentencia 756/2013, de 11 de diciembre, en la que desechaba la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil por cuanto existía una regla específica contenida en ese momento en el artículo 21.2 de la LC entonces vigente que declaraba que *“el auto (de declaración de concurso) producirá sus efectos inmediatos, abrirá la fase común de tramitación del concurso que comprenderá las actuaciones previstas, en los cuatro primeros títulos de esta Ley, y será ejecutivo aunque no sea firme”*.

Esa interpretación ciertamente daba lugar a situaciones de inseguridad e incertidumbre en las que la posibilidad de atacar un determinado acto del deudor dependía de elementos aleatorios, como la pendencia de resolución de un determinado juzgado, e incluso a prácticas claramente dilatorias por parte de algunos deudores que retardaban la declaración de concurso mediante la presentación de una solicitud defectuosa necesitada de subsanación posterior o mediante una oposición infundada a una solicitud de concurso necesario.

La cuestión ha sido resuelta mediante una reforma que merece una valoración positiva y que supone anticipar el inicio del periodo sospechoso al momento de la solicitud de la declaración de concurso. Así lo declara el artículo 226.1 de la LC. Por cierto, que esta declaración convive con la previsión contenida en el artículo 32 de la LC, cuya redacción es idéntica a la del artículo 21.2 en el que se basaba la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada en este mismo apartado.

De esta forma, el periodo de los dos años en los que se debe haber realizado el acto del deudor perjudicial para la masa activa comienza a contar desde la mera solicitud de concurso. Lógicamente, no se distingue entre concurso necesario y concurso voluntario.

Si la solicitud contuviera defectos subsanables que determinarían un requerimiento judicial de subsanación, se deben distinguir dos situaciones. Si el requerimiento se atiende y se subsanan las deficiencias, habrá de estar a la fecha de la solicitud. Si el requerimiento no se atiende, procedería la inadmisión de la solicitud. Si se presenta nueva solicitud, esta determinará el inicio del periodo sospechoso de los dos años.

Creo conveniente en este punto hacer una pequeña reflexión sobre la relación de la regla general del artículo 226 de la LC con las previsiones de paralización y suspensión de las solicitudes de concurso voluntario y necesario contenidas en los artículos 610, 612 y 637 de la LC.

Los artículos 612 y 637 regulan dos supuestos en los que la solicitud de concurso voluntario se suspende a instancia de los acreedores que representen el 50 % del pasivo que pudiera verse afectado por un plan de reestructuración. La suspensión tiene una duración máxima de un mes, durante el cual los acreedores deben presentar un plan de reestructuración para su homologación judicial. En este caso se pueden dar dos situaciones: cabe la posibilidad de que los acreedores soliciten la homologación y se dicte auto para homologar el plan de reestructuración, lo que pone

4 Podemos citar en sentido contrario la Sentencias núm. 169/2015 de la Audiencia Provincial de Coruña (Sección Quinta), de 20 de mayo de 2015, o la núm. 322/2014, de 19 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Novena).

fin a la situación de insolvencia y determina que se desestime la solicitud de concurso voluntario⁵, y también es posible que —transcurrido el plazo mensual— los acreedores no soliciten la homologación del plan o esta sea rechazada. En tal caso, se tramitará la solicitud de concurso y el periodo sospechoso comenzará a contar desde la fecha de la solicitud inicialmente suspendida.

En relación con la suspensión de la solicitud de concurso necesario, es bien sabido que la comunicación del inicio de negociaciones con los acreedores prevista en los artículos 584 y siguientes de la LC priva a los acreedores de la facultad de solicitar el concurso necesario del deudor. En este sentido, el artículo 610 de la LC establece que las solicitudes de concurso necesario presentadas después de la comunicación no se admitirán hasta que transcurran los tres meses de los que dispone el deudor para negociar. Una vez transcurrido ese plazo, solo se proveerán las solicitudes de concurso necesario si en el mes siguiente el deudor no hubiera presentado el concurso voluntario.

A la vista de esa regulación se pueden dar dos situaciones. En primer lugar, que —realizada la comunicación del inicio de negociaciones— el deudor no presente una posterior solicitud de homologación de plan de reestructuración y se hayan presentado solicitudes de concurso necesario; en segundo lugar, que —transcurrido el plazo de negociaciones con solicitudes de concurso necesario pendientes de proveer— el deudor presente a su vez una solicitud de concurso voluntario. Para responder a esta cuestión hemos de distinguir según el concurso sea declarado dentro del año siguiente a la finalización de los efectos de la comunicación o, en su caso, de la prórroga que se hubiera acordado.

Si el concurso es declarado una vez ha transcurrido un año desde la finalización de los efectos de la comunicación del inicio de negociaciones, se mantendrá la regla general del apartado primero del artículo 226 de la LC y, por lo tanto, habrá de estarse a la fecha de la solicitud de concurso. Si coinciden las solicitudes de concurso voluntario y necesario, primará la solicitud de concurso voluntario sobre las solicitudes de concurso necesario a pesar de que estas últimas sean anteriores en el tiempo. La base de esta conclusión se encuentra en el tenor literal del artículo 610 de la LC. Es la solicitud de concurso voluntario formulada en el mes siguiente a la finalización del plazo de negociaciones la que se tramita y la que da lugar a la declaración de concurso.

Se podrá decir que, desde un punto de vista práctico, es difícil que transcurra un año desde la finalización del plazo de comunicación del inicio de negociaciones sin que se hubieran proveído las solicitudes de concurso necesario ya presentadas o incluso la solicitud de concurso voluntario. Sin embargo, tampoco es un supuesto improbable si a la solicitud de concurso necesario se formula oposición del deudor. En tal caso no resulta difícil imaginar que una tramitación en primera y segunda instancia lleve más de un año.

En el caso de que el concurso se declare antes de que transcurra un año desde el cese de los efectos de la comunicación del inicio de negociaciones, entra en juego otra de las novedades introducidas por la Ley 16/2022. En este supuesto se prescinde de la regla general antes expuesta y se anticipa el inicio del periodo sospechoso a la propia comunicación de inicio de negociaciones.

⁵ Desde un punto de vista práctico, es más que probable que la solicitud careciera de objeto y el deudor desista de ella.

Ello es así siempre que concurran las dos siguientes condiciones: a) que no se hubiera aprobado un plan de reestructuración o que, aun aprobado, no hubiera sido homologado por el juez; y b) que el concurso se declare dentro del año siguiente a la finalización de los efectos de esa comunicación o de la prórroga que hubiera sido concedida.

Respecto del primer requisito, concurre tanto si no se homologa el plan de reestructuración como si, habiendo sido homologado, es impugnado con éxito por alguno de los motivos previstos en el artículo 661 de la LC (falta de concurrencia de las mayorías necesarias o la formación defectuosa de las clases).

En relación con el segundo de los requisitos, tengamos en cuenta que la finalización de los efectos se produce a los tres meses siguientes a la comunicación (o seis si se ha solicitado un prórroga), y ello con independencia de que el deudor disponga de un cuarto mes para solicitar el concurso.

No es necesario que el deudor actúe con un propósito fraudulento ni dilatorio, pues es una regla de carácter objetivo.

A la vista de la redacción literal del artículo 226.2 de la LC, podría pensarse que si concurren en ese plazo del año una comunicación inicial de negociaciones y una solicitud de concurso voluntario se fijarían dos periodos sospechosos bienales: un primer periodo de dos años anteriores a la comunicación del inicio de negociaciones y un segundo periodo de dos años anteriores a la solicitud de concurso voluntario. A mi juicio no resulta correcta esa interpretación, ya que solo habría un periodo sospechoso que comenzará con la comunicación del inicio de negociaciones y abarcará los dos años anteriores.

Téngase en cuenta que, por disposición del artículo 226 de la LC, la posibilidad de rescisión se extiende igualmente a los actos realizados por el deudor entre la fecha de solicitud y la fecha de declaración. Resulta una precisión necesaria atendiendo al tiempo prolongado que puede mediar entre un hito procesal y otro. Ni que decir tiene que no existe limitación alguna temporal en ese interregno procesal, por lo que perfectamente pueden transcurrir más de dos años entre la solicitud y la declaración, y seguirá operando la posibilidad de reintegración de los actos realizados en ese periodo.

La segunda novedad introducida por la Ley 16/2022 en la delimitación del ámbito objetivo de las acciones de reintegración presenta, sin lugar a dudas, un mayor calado. Los actos perjudiciales del deudor que pueden ser rescindidos no se limitan a los realizados en los años anteriores a la solicitud de concurso. Por primera vez se pueden rescindir los realizados después de la declaración de concurso, y más concretamente después de la aprobación de convenio.

Antes de la reforma de la Ley 16/22, la posición de nuestros tribunales era prácticamente unánime⁶. La redacción del artículo 71 LC (precedente del actual artículo 226 LC) no dejaba lugar a dudas al respecto de las acciones de reintegración. Solo se podían atacar los actos previos a la declaración de concurso, no así los posteriores ya intervenidos o directamente realizados por la

6 Algunas excepciones se pueden ver en las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 168/2013 (Sección 3), de 11 de junio, o de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2) núm. 74/2013, de 14 de febrero.

administración concursal y respecto de los que solo cabía la acción de anulación del artículo 40 LC si se habían realizado sin el necesario concurso de la administración concursal o, en su caso, las acciones de responsabilidad del artículo 36 LC frente a la administración concursal que había permitido o ejecutado directamente un acto perjudicial para la masa. En este sentido, es clara la Sentencia núm. 267/2013, de 26 de junio, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15), que recuerda:

“Cuando nos hallamos en supuestos como el de autos, en que lo que se cuestiona es un acto de fecha posterior a la declaración de concurso (más de dos meses posterior), no resulta de aplicación el artículo 71 LC, sino las normas de los artículos 40 y ss. LC, que regulan los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor, y de los artículos 49 y ss. de la LC, reguladoras de los efectos sobre los acreedores. Cabe citar el artículo 40.1, conforme al cual, «[e]n caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad» y el artículo 40.7: «Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado»”. La cuestión resultaba menos clara en relación con los actos realizados durante la vigencia del convenio si una vez incumplido se abre la liquidación posterior. Las posiciones discrepantes fueron superadas por la Sentencia 198/2017 del Tribunal Supremo, de 23 de marzo, cuya doctrina se resumía en los siguientes postulados:

- A. La apertura de la fase de liquidación implica aplicar los efectos generales derivados de la declaración de concurso que se contienen en el título III (artículo 147 LC).
- B. No puede considerarse que exista una laguna legal en cuanto a la posibilidad de impugnación de los actos perjudiciales para la masa realizados en el periodo comprendido entre la aprobación del convenio y la apertura de la fase de liquidación por imposibilidad de cumplimiento. La remisión que el art. 147 de la Ley Concursal hace al título en que se regulan los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa permite que, una vez abierta la fase de liquidación, los administradores concursales ejerciten algunas de las acciones previstas en el art. 71 de la Ley Concursal, esto es, la acción rescisoria concursal, la acción rescisoria ordinaria (acción pauliana) o alguna otra acción dirigida a declarar la ineficacia del acto. Pero el ejercicio de estas acciones debe acomodarse a sus respectivos presupuestos y requisitos. En el caso de la acción rescisoria concursal, conforme al art. 71.1 LC, solo puede instarse respecto de actos de disposición anteriores a la declaración del concurso, mientras que el resto de las acciones no tienen esta limitación temporal, aunque sí otras derivadas de los plazos de caducidad y prescripción para su ejercicio.
- C. Que la Ley Concursal no prevea el ejercicio de la acción rescisoria concursal para los actos realizados en la fase de cumplimiento de convenio en caso de posterior apertura de la fase de liquidación se explica porque los medios ordinarios previstos en la legislación con carácter general, a los que hace referencia el art. 71.6 de la Ley Concursal, son suficientes para proteger la integridad de la masa activa y la *par conditio creditorum* en esta situación y obtener la ineficacia de los actos de disposición realizados en fraude de los acreedores y que, además, pueden impedir el cumplimiento del propio convenio y la satisfacción de

los créditos de los acreedores en la fase de liquidación que se abra (rescisión en fraude de acreedores o nulidad del acto por causa ilícita).

- D. En conclusión, ni por vía interpretativa ni por vía analógica puede aceptarse que quepa ejercitar la acción rescisoria concursal frente a actos realizados en un momento temporal distinto del expresamente previsto en el art. 71.1 de la Ley Concursal y, en concreto, que pueda ejercitarse cuando se abre la fase de liquidación por incumplimiento del convenio.

El criterio expuesto debe entenderse superado por la reforma operada por la Ley 16/2022, no en el artículo 226 de la LC, que guarda silencio al respecto, sino en el artículo 405.2 del mismo texto, conforme al cual:

“Serán rescindibles conforme a lo establecido en el capítulo IV del título IV del libro primero los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor durante los dos años anteriores a la solicitud de declaración de incumplimiento del convenio o, en caso de imposibilidad de cumplimiento, de la solicitud de apertura de la fase de liquidación de la masa activa”.

Los actos del deudor realizados después de la declaración de concurso serán anulables conforme el régimen de impugnación previsto en el artículo 109 LC respecto de los actos del deudor que infrinjan el régimen de limitación o suspensión de facultades. Distinto tratamiento han de tener los actos del deudor realizados después de la aprobación del convenio.

Una vez que se aprueba el convenio, cesan los efectos derivados de la declaración de concurso conforme ordena el artículo 394 de la LC y, por lo tanto, el deudor recupera sus facultades patrimoniales.

Si posteriormente se incumple el convenio, no resulta posible atacar dichos actos por el régimen de anulación del artículo 109 por las razones ya expuestas.

Tales actos estarán sometidos al régimen de impugnación del artículo 405 de la LC, ya citado. Por lo tanto, se podrán anular los actos que supongan alteración de los términos del convenio o alteración de principio de igualdad de trato entre acreedores (principalmente pagos selectivos o no ajustados al convenio) y la generalidad de los actos del deudor realizados en los dos años anteriores a la solicitud de apertura de la liquidación o apertura del convenio. Téngase en cuenta que, al igual que ocurre con la regla general del artículo 226 de la LC, es necesario que la solicitud de incumplimiento haya sido estimada y haya dado lugar a la apertura de la liquidación.

Ni que decir tiene que en el análisis de los actos del deudor durante la fase de cumplimiento del convenio tendrá especial relevancia la adecuación de los actos del deudor a los términos del convenio. En un principio, parece difícil sostener que un pago realizado en los términos del convenio resulta un sacrificio patrimonial injustificado. Esta afirmación, no obstante, puede resultar cuestionada si al momento de efectuar el pago el deudor estaba en situación de insolvencia manifiesta y por ello no cumplió el pago con todos los acreedores del mismo rango y que debían beneficiarse de una determinada amortización del convenio.

La reforma en el ámbito objetivo de las acciones de reintegración se completa con la extensión de los supuestos excluidos de la acción de reintegración. En este sentido, el artículo 230.2.º de la LC extiende la protección en el caso de actos de constitución de garantías de cualquier clase a favor de créditos públicos a *“los actos de reconocimiento y pago de estos créditos tendentes a lograr la regularización o atenuación de la responsabilidad del concursado prevista en la legislación penal”*. No existe una justificación objetiva para la protección de esos pagos en situación de manifiesta insolvencia distinta de las razones de política legislativa tan invocadas cuando se trata de proteger el crédito público.

3. Modificaciones en el régimen rescisorio de los actos sometidos al régimen de la preconcursalidad

Tras la promulgación del Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante “TRLC”), el legislador optó por regular todas las particularidades del concurso posterior del deudor que había acudido a un instrumento preconcursal a través de la figura del concurso consecutivo⁷.

En ese régimen específico se incluían las particularidades de las acciones de reintegración en los artículos 697 y siguientes del TRLC. Básicamente, se protegía el acuerdo de refinanciación homologado o no que cumpliera los requisitos legalmente establecidos y los actos de ejecución del acuerdo frente a la acción de reintegración. Frente a tales actos solo podían ejercitarse la acción de rescisión por fraude de acreedores o la de nulidad por causa ilícita. Todo ello salvo que se declarase la nulidad del acuerdo de refinanciación, en cuyo caso se podían atacar los actos realizados por el deudor durante los años anteriores a la declaración de concurso y los actos de ejecución del acuerdo de refinanciación declarado nulo.

La Ley 16/2022 suprime la figura del concurso consecutivo, pero mantiene las reglas específicas de la reintegración de los actos realizados por el deudor bajo el régimen preconcursal en una ubicación sistemática diferenciada del régimen general de la reintegración.

Para conocer esas especialidades debemos acudir al capítulo VI del título III del libro II (artículos 665 a 670 LC).

Lo primero que debemos destacar es que, frente al régimen tradicional, la protección solo se confiere a los planes de reestructuración homologados. Así resulta del artículo 635 de la LC.

En segundo lugar, la LC ha abandonado los términos generales contenidos en la legislación anterior y ahora parece que limita la protección frente a la acción de reintegración a determinados aspectos o contenidos del plan de reestructuración o de los actos previos coetáneos o posteriores.

En concreto, el artículo 667 de la LC contempla los siguientes actos protegidos:

⁷ Artículos 695 y siguientes del TRLC.

"1.º Los actos u operaciones razonables y necesarios inmediatamente para el éxito de la negociación con los acreedores, siempre que se hubieran identificado expresamente como tales en el propio plan.

2.º La financiación interina y la nueva financiación, incluida la concedida por personas especialmente relacionadas, de conformidad con lo previsto en el artículo siguiente.

3.º Los actos, operaciones o negocios que sean razonables e inmediatamente necesarios para la ejecución del plan".

Obsérvese que el artículo 667 de la LC identifica actos o negocios concretos frente a la generalidad de los términos del artículo 698 del TRLC, que se refería a *"acuerdos de refinanciación homologados ni de los acuerdos de refinanciación que, aun no habiendo sido homologados, reúnan los requisitos establecidos en esta ley, de los acuerdos extrajudiciales de pago, así como tampoco de los actos, los negocios jurídicos y los pagos que se hubieran realizado en ejecución de esos acuerdos, cualquiera que fuera la naturaleza que tuvieran y la forma en la que consten, ni de las garantías que se hubieran prestado o constituido conforme a lo pactado en ellos"*.

Una primera lectura del precepto podría llevar a la conclusión de que se ha reducido el ámbito de protección de las operaciones de reestructuración preconcursal frente a las acciones de reintegración. No es esa mi opinión. Creo que se han impuesto unos mayores requisitos para beneficiarse de la protección rescisoria, pero, cumplidos estos, el ámbito objetivo de protección será no solo inferior, sino incluso superior.

En este sentido observemos que la amplitud de los términos contemplados en los números 1.º y 3.º del artículo 667 dan cabida a cualesquiera pactos y contenidos del acuerdo, si bien exigirán a los redactores del plan una mayor precisión en sus términos y, sobre todo, velar adecuadamente por indicar que una determinada operación está cubierta por el plan y que es necesaria para culminar con éxito la negociación con los acreedores.

En esos términos no cabe duda de que cualesquiera garantías o novaciones del endeudamiento existente pueden estar protegidas por el plan e incluso modificaciones estructurales o amortización de deuda existente.

Como hemos dicho, se extiende incluso esa protección frente a determinados actos que bajo el régimen anterior no gozaban de protección rescisoria. Me estoy refiriendo a la financiación interina, que conceptualmente no se podía considerar dinero nuevo bajo la regulación anterior y que, por lo tanto, no tenía un encaje claro en supuestos protegidos frente a la posterior reintegración en el concurso consecutivo y también al resto de actos preparatorio contemplados en el artículo 667.2 de la LC, que igualmente no gozaban de protección directa bajo la regulación anterior.

Ahora bien, esa extensión de la protección frente a las acciones de reintegración viene sujeta al cumplimiento de requisitos más rigurosos y a la posibilidad de revisión judicial de oficio y a instancia de parte.

Ahora no es suficiente con la homologación del plan, es necesario además que el plan afecte a créditos que representen el 51 % del pasivo total del deudor. Ese porcentaje se eleva al 60 % si se

pretende proteger financiación interina o nueva financiación de sujetos vinculados. Se imponen dos precisiones al respecto.

En primer lugar, el requisito de la homologación se cumple aun cuando se hubiera estimado alguna impugnación de la homologación, salvo que esa impugnación tenga por objeto discutir la protección rescisoria conforme al artículo 670 LC, o bien la impugnación se hubiera basado en la falta de concurrencia de las mayorías necesarias o en la formación defectuosa de las clases.

En segundo lugar, el porcentaje de pasivo deberá concurrir al momento de aprobarse el plan, más concretamente a la fecha de formalización en instrumento público. Ante el silencio de la norma, creo conveniente acudir a las previsiones que al respecto se contenían en el TRLC y a lo dispuesto en el artículo 617 de la LC. Por otra parte, en ese cómputo se incluyen los créditos subordinados, pues la norma se refiere al pasivo total.

No solo se requieren determinados requisitos formales y el apoyo de una parte relevante del pasivo. Es necesario, además, que el acto protegido sea razonable y necesario y que no perjudique injustamente a los acreedores. Se trata de conceptos genéricos necesitados de posterior interpretación judicial.

Con todo, se puede adelantar algún criterio interpretativo. Será necesaria aquella financiación sin cuya aportación no se hubiera podido mantener la actividad hasta aprobar el plan, o no se hubiera podido cumplir este. Será razonable aquella financiación que no resulta desmesurada atendidas las condiciones que pudieran darse en una operación de semejantes características o, al menos, que no resultase más gravosa que otra opción de financiación disponible.

Finalmente, debemos recordar que esa protección será objeto de revisión en la propia homologación por el propio juez, que verificará que concurren los requisitos y las mayorías previstos en la LC y que la nueva financiación no perjudica injustamente los intereses de los acreedores (artículo 669 LC). También se podría revisar a instancia de los acreedores a través del trámite de impugnación con efecto limitado.

Es importante recordar que la legitimación para impugnar se reconoce tanto a los acreedores afectados por el plan de reestructuración como a los que no lo están. El efecto de la eventual estimación supondrá privar a la financiación interina, nueva financiación o resto de actos que se pretenden proteger de la protección rescisoria contemplada en el título VI.

La falta de impugnación en el procedimiento de homologación o la desestimación de la impugnación formulada protege definitivamente los distintos actos frente a la acción de reintegración de concurso posterior, en cuyo seno —y a pesar del silencio de la norma— los actos protegidos no podrán ser revisados.

EL NUEVO CONVENIO TRAS LA REFORMA CONCURSAL. ¿UNA ALTERNATIVA PARA LA REESTRUCTURACIÓN?

Javier Rubio Sanz

Abogado del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

El nuevo convenio tras la reforma concursal. ¿Una alternativa para la reestructuración?

El legislador de 2003 tuvo una gran confianza en el convenio de acreedores como medida de reestructuración de las deudas y salvamento del negocio dentro del nuevo procedimiento concursal. La crisis financiera que comenzó en 2008 demostró que el uso del convenio no atendió esas expectativas. Cuando el legislador ofreció la posibilidad de homologar judicialmente un acuerdo de refinanciación para implantar la reestructuración de las deudas fuera del concurso, el convenio devino prácticamente irrelevante. La reciente reforma de la legislación concursal potencia todavía más la reestructuración extraconcursal, pero introduce, a su vez, una serie de reformas de la fase de convenio que, como se expondrá en este artículo, deberían solventar muchos de los problemas que impedían el uso del convenio concursal como un mecanismo de reestructuración eficiente y eficaz, permitiendo incluso que se convierta en una verdadera alternativa real a los nuevos planes de reestructuración preconcursales en determinadas circunstancias.

PALABRAS CLAVE:

CONVENIO DE ACREEDORES, PLAN DE REESTRUCTURACIÓN, ARRASTRE DE ACREEDORES DISIDENTES, ARRASTRE DEL DEUDOR, CLASES DE ACREEDORES, VIABILIDAD EMPRESARIAL.

New creditor composition agreements in the insolvency law reform. An alternative to pre-insolvency restructuring plans?

The 2003 lawmaker placed much faith on composition agreements as a debt restructuring tool to rescue businesses in insolvency proceedings. The 2008 financial crisis confirmed that composition agreements would not meet such high expectations. Once the lawmaker gave the courts the option to approve refinancing agreements to restructure debts outside the insolvency proceedings, composition agreements were disregarded in practice. The recent Insolvency Law Reform has gone even further by reinforcing out-of-court restructuring, although it does modify the creditor agreement phase which, as this article explains, should solve many of the problems that prevented composition agreements from being used as an efficient restructuring tool. In some cases, the new composition agreements could even become an actual alternative to the new pre-insolvency restructuring plans.

KEYWORDS:

COMPOSITION AGREEMENT, RESTRUCTURING PLAN, DISSENTING CREDITORS CRAM-DOWN, BORROWER CRAM-DOWN, CLASSES OF CREDITORS, BUSINESS VIABILITY.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-10-2022

Rubio Sanz, Javier (2022). El nuevo convenio tras la reforma concursal. ¿Una alternativa para la reestructuración? *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 170-190 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El convenio de acreedores fue diseñado como la medida estrella de la reestructuración de la empresa en crisis bajo la antigua Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Se confiaba en esta figura como la solución normal del concurso para empresas viables afectadas por una crisis de liquidez, como alternativa a la venta o cierre del negocio en liquidación. Se introducían medidas para tratar de asegurar la continuación de la actividad empresarial durante la fase común del concurso, para que las empresas pudieran reestructurar sus deudas conforme a un plan de viabilidad y un plan de pagos en los términos expuestos en la propuesta de convenio, que se sometería a votación en una junta de acreedores celebrada al efecto en el Juzgado. De obtenerse las mayorías legalmente previstas y la subsiguiente aprobación judicial, previo trámite de oposición en favor de los acreedores disidentes afectados, el convenio aprobado vincularía a todos los créditos ordinarios y subordinados, incluyendo los disidentes (efecto arrastre o *cram-down*), así como a los privilegiados, generales y especiales, que hubieran votado a favor de él, o se hubieran adherido expresamente al convenio tras su entrada en vigor. El deudor podía presentar una propuesta anticipada de convenio al comienzo del procedimiento si contaba con las adhesiones de ciertos acreedores, ahorrando los plazos de convocatoria y celebración de la junta de acreedores, sustituida por un sistema escrito de adhesiones.

La crisis financiera de 2008 demostró los problemas de la reestructuración vía convenio muy pronto. Si bien algunas compañías, fundamentalmente inmobiliarias, consiguieron en una primera fase aprobar un convenio, la mayor parte fueron rechazados o incluso incumplidos. Véanse los casos de Martinsa-Fadesa, Reyal Urbis, La Seda de Barcelona, Seda Solubles o SEOP. Salvo excepciones, como Pescanova, Grupo Hábitat, Sacresa o Nozar, la liquidación como final del concurso se convirtió en la norma, en algunos casos para favorecer la venta del negocio en funcionamiento, pero en la mayoría para cerrarlo. Cuando se crearon los nuevos mecanismos de refinanciación extraconcursal, especialmente desde 2014, el convenio concursal terminó siendo una figura excepcional.

Existen muchas razones para explicar el fracaso del convenio. Por ejemplo, ciertas rigideces que, tras demostrarse como impeditivas de la reestructuración, se fueron eliminando durante las sucesivas reformas legales. Entre otras, la prohibición de quitas superiores al 50 % del valor de los créditos, o de esperas superiores a cinco años, salvo que la empresa fuera de "especial trascendencia para la economía"; o la imposibilidad de arrastrar a los acreedores privilegiados. A pesar de ello, subsistían las que, a mi juicio, eran las dos razones fundamentales.

La primera de ellas, ajena en realidad al diseño legal del convenio, trae causa del retraso habitual en solicitar el concurso, aunque exista un deber legal de pedirlo para los administradores de la empresa en insolvencia actual. El empresario retrasaba la solicitud de concurso el máximo tiempo posible, muchas veces de forma ineficiente porque no era en realidad factible solucionar la crisis de insolvencia, de tal modo que el negocio ya era prácticamente inviable desde el mismo comienzo del procedimiento. Dado que la experiencia ha demostrado que, además, el negocio en concurso pierde rápidamente su valor (debido a, entre otros factores, costes reputacionales y dificultades para obtener nueva financiación, tanto bancaria como de proveedor), la posibilidad de aprobar un convenio viable en esas condiciones era muy reducida. Las entidades financieras (que comenzaron la crisis siendo los principales acreedores) tampoco promovían la solicitud temprana del concurso a fin de promover un convenio, para no tener que incurrir en provisiones por deterioro del crédito por el mero hecho de que su deudor fuera declarado en concurso. Cuando dispusieron de la refinanciación preconcursal como alternativa de arrastre de disidentes, el incentivo para reestructurar vía convenio era todavía menor.

La segunda razón sí se debe al diseño legal del convenio. No se sabía cuándo el convenio iba a entrar en vigor, extendiendo sus efectos a los créditos afectados y, con ello, ejecutando la reestructuración efectiva de la compañía, por cuanto la proclamación de las mayorías y subsiguiente aprobación judicial del convenio tendrían necesariamente lugar a la finalización de la fase común. Esto es, una vez que el Juzgado hubiera resuelto todas y cada una de las impugnaciones presentadas por los acreedores y el propio deudor contra la lista de acreedores y el inventario de bienes y derechos presentados por el administrador concursal.

La fecha de entrada en vigor de la reestructuración dependía, en consecuencia, del número y complejidad de las impugnaciones presentadas contra los textos provisionales, así como del tiempo y carga de trabajo del Juzgado para resolver todas y cada una de ellas. Este régimen legal no favorecía una reestructuración eficiente, considerando además que, a mayor duración de la fase común, mayor probabilidad de que un negocio lo suficientemente viable como para poder ser reestructurado al inicio del proceso dejara de serlo al final de la fase común, o lo fuera en menor medida requiriendo en consecuencia mayores quitas o esperas que podrían dejar de ser aceptables para los acreedores.

El legislador trató de solucionar este problema, permitiendo (i) un proceso concursal abreviado si la solicitud de concurso venía acompañada de una propuesta anticipada de convenio; y (ii) simultanear la fase común y la fase de convenio cuando el valor de las impugnaciones presentadas contra la lista de acreedores y/o inventario de bienes y derechos provisionales no superaba el 20 % del valor total del pasivo y/o del activo. Aunque iban en la buena dirección, estas medidas no contribuyeron a un mayor uso del convenio en la práctica.

Aun cuando su objetivo esencial sea potenciar la reestructuración extraconcursal a través de los nuevos planes de reestructuración, la reciente Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal ("Ley 16/22"), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo ("TRLR"), también ha acometido una profunda renovación del convenio en el título VII del libro I, artículos 315 a 405 TRLR, que a mi juicio merece una valoración positiva para impulsar el uso del convenio en el futuro.

2. Una fase de convenio más rápida y eficiente

La Ley 16/22 lleva a cabo una profunda reforma del régimen de tramitación del convenio, con el doble objetivo de adelantar la fecha de su entrada en vigor, de forma independiente de los tiempos del Juzgado y, por tanto, del número y complejidad de las eventuales impugnaciones contra la lista de acreedores o inventario provisionales, de tal modo que los plazos de tramitación del convenio sean siempre ciertos y predecibles:

- i. Desaparece la propuesta anticipada de convenio, que el legislador justifica como una "*consecuencia lógica de la articulación de un derecho preconcursal*". A mi juicio, su eliminación trae causa del fracaso de la figura, escasamente utilizada.
- ii. La junta de acreedores se sustituye por un proceso escrito de adhesiones, motivado en "*la necesaria simplificación de la tramitación del concurso de acreedores*".
- iii. Cabe presentar convenio desde la misma solicitud del concurso hasta los quince días siguientes a la fecha de presentación del informe de la administración concursal adjuntando el inventario y la lista de acreedores provisionales, salvo que el deudor hubiera pedido la liquidación. No habrá que esperar a que esos textos se conviertan en definitivos para que las propuestas de convenio presentadas se admitan a trámite por el Juzgado si cumplieran las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en la Ley, dando con ello comienzo al plazo para que los acreedores puedan adherirse u oponerse a ellas.

Se consigue que el deudor y aquellos acreedores que estuvieran planteándose reestructurar vía convenio sepan de antemano cuáles son los plazos para que dicha reestructuración devenga efectiva. Se trata de plazos tasados, independientes de circunstancias imprevisibles o ajenas a su poder de decisión, y que además son improrrogables, salvo que concurran las circunstancias dispuestas para ello y solo por el tiempo legalmente previsto (por ejemplo, porque se conceda una prórroga para que el administrador concursal presente su informe dentro de los plazos máximos legales). Será factible, de hecho, implementar propuestas previamente acordadas entre el concursado y los acreedores que ya representen una mayoría suficiente de adhesiones sin tener que esperar más allá de tres meses desde la declaración del concurso, considerando el plazo general de presentación de los textos provisionales (dos meses), los quince días siguientes para la revocación de las adhesiones presentadas antes de la presentación de los textos provisionales por el administrador concursal y los diez días de oposición a la aprobación judicial del convenio.

En esta línea, el nuevo proceso de tramitación del convenio me parece igualmente eficiente:

- A. Los legitimados para presentar convenio siguen siendo los mismos. De un lado, el deudor. De otro lado, acreedores personados cuyos créditos, individual o conjuntamente, superen una quinta parte del pasivo total (por diferencia a la solicitud de homologación de los planes de reestructuración, que puede plantear cualquier acreedor afectado por el mismo). Este porcentaje se calculará de acuerdo con la lista de acreedores provisional presentada por el administrador concursal si la propuesta de convenio se hubiera presentado en los quince días siguientes, o, si se hubiera presentado antes, de acuerdo con la lista de acree-

dores presentada por el deudor con la solicitud del concurso (o en el plazo legal previsto para ello en caso de concurso necesario). Se mantiene la posibilidad de que los acreedores proponentes del convenio sean titulares de créditos subordinados, que igualmente computan en el denominador del porcentaje.

- B. La inadmisión a trámite de la propuesta de convenio, o la ausencia de presentación en el plazo legal, supondrá la apertura inmediata de la liquidación, de oficio.
- C. El plazo de admisión a trámite de las propuestas presentadas tras la declaración del concurso será de tres días desde la presentación. La admisión a trámite de las presentadas con la solicitud del concurso se resolverá en el mismo auto de declaración del concurso. No hay que esperar, por tanto, al fin del plazo de quince días para presentar convenio para admitir a trámite los presentados previamente. Los defectos siguen siendo subsanables durante los tres días siguientes al de notificación del defecto. Una vez admitidas a trámite, las propuestas ya no pueden modificarse ni revocarse.
- D. Se aclara que el recurso contra el pronunciamiento judicial que resuelve la admisión a trámite de la propuesta será únicamente el de reposición.
- E. El plazo para presentar las adhesiones u oposiciones a la propuesta de convenio será de dos meses desde su admisión a trámite. El concursado puede finalizarlo anticipadamente, mediante simple comunicación al Juzgado, tan pronto como las adhesiones presentadas a una propuesta presentada por el propio concursado fueran suficientes para alcanzar la mayoría legal de aprobación relevante, incluso aunque haya otras presentadas por acreedores cuyo plazo de adhesión no hubiera finalizado.

El concursado podrá, igualmente, pedir prórroga por un plazo que no podrá exceder de dos meses desde que finalice el plazo inicial de adhesiones, siempre que exista causa justificada y conste suficientemente acreditada. Esta nueva posibilidad tiene todo el sentido para evitar la liquidación cuando todavía existe una oportunidad de llegar a un acuerdo porque las negociaciones para conseguir una mayoría de adhesiones relevante continúan. Toda vez que la concesión o no de la prórroga dependerá del juez, en función de las razones y pruebas aportadas por el concursado, los intereses de los acreedores deberían considerarse protegidos. No obstante, se echa en falta la posibilidad de que, cuando tengan mayoría de veto, los acreedores puedan pedir el fin de la prórroga.

- F. Como el plazo de adhesiones puede comenzar antes de que el administrador concursal haya presentado la lista de acreedores provisional (en tal caso, las adhesiones tomarán como referencia el importe y la clase que los acreedores hubieran presentado en su comunicación de créditos), se extiende el plazo de adhesiones automáticamente hasta los quince días siguientes a la fecha de presentación de dicho informe provisional, cuando el plazo general de dos meses hubiera terminado con anterioridad. Los acreedores pueden revocar las adhesiones presentadas antes de dicho informe durante esos quince días, si el importe o la clase los créditos expresados en la adhesión no coincidieran con los que figuren en la lista de acreedores provisional.

- G. El acreedor deberá expresar el importe del crédito o créditos de los que fuera titular con los que se adhiere, así como su clase. Como ya era el caso, las adhesiones deben ser puras y simples, sin introducir modificación ni condicionamiento alguno. Si el acreedor fuera titular de créditos privilegiados y ordinarios, la adhesión se presumirá realizada exclusivamente respecto de los ordinarios, y solo afectará a los privilegiados si lo hubiera manifestado expresamente en la adhesión. Si existen varias propuestas de convenio presentadas, el acreedor podrá adherirse a una sola, a varias o a todas, expresando el orden en que debe computarse la adhesión (si no se especifica, se considerará que opta por el orden de verificación legal). Se mantienen los supuestos de acreedores sin derecho de adhesión, esto es, los (i) titulares de créditos subordinados (aunque sí podrán tener facultad de elección de alguna propuesta alternativa si así lo dispone el convenio, como se deriva del art. 396.2 TRLC y ha confirmado el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de mayo de 2021); y (ii) las personas especialmente relacionadas con el concursado que hubieran adquirido un crédito ordinario o privilegiado por actos *inter vivos* tras la declaración del concurso. Ambos podrán adherirse por los demás créditos de que fueran titulares.
- H. Las adhesiones deberán efectuarse de forma ológrafa, o bien de forma electrónica basada en certificado cualificado que se entregará o remitirá a la administración concursal, con acreditación de la identidad del firmante y de sus facultades de representación. Ya no se exige que conste en instrumento público o mediante comparecencia ante el letrado de la Administración de Justicia.
- I. Es la administración concursal la que revisará las adhesiones, en lugar de la oficina judicial. Al día hábil siguiente al de conclusión del plazo de revocación de adhesiones, presentará un escrito indicando el resultado de las adhesiones, que vendrá acompañado de una relación de los créditos ordinarios o privilegiados adheridos, con expresión del importe total que representen, de una relación de los que se hubieran opuesto, con expresión del importe total que representen, y de una copia de los escritos de adhesión y de oposición. El administrador concursal remitirá este escrito y documentos al concursado y a los acreedores de cuya dirección electrónica tenga conocimiento, aunque también quedarán de manifiesto en la oficina judicial para que puedan ser examinados por los personados. Cuando la propuesta se haya aceptado, el letrado del juzgado proclamará el resultado mediante decreto dentro de los tres días siguientes a la finalización del plazo de adhesiones, advirtiendo del derecho de oposición a su aprobación judicial por los legitimados.
- J. De existir varias propuestas de convenio admitidas a trámite, primero se verificará si la propuesta presentada por el concursado es aceptada. Si no lo fuera, se verificarán las presentadas por los acreedores que hubieran sido aceptadas por el concursado (puede hacerlo durante el plazo de adhesiones, sin que ello suponga la revocación de la que hubiera presentado), por el orden que resulte de la cuantía mayor o menor del total de los créditos titulados de quienes la hubieran presentado. Aceptada una propuesta, no procederá computar el resultado de las siguientes. Si el concursado no acepta una propuesta de convenio presentada por los acreedores, no podrá ser aprobado por el juez.

No se me escapa la crítica principal a este sistema, por basarse en la obtención de las mayorías conforme a una lista de acreedores provisional elaborada por el administrador concursal y, por tanto, susceptible de impugnación. De hecho, el art. 360.3 TRLC estipula que, una vez aprobado el convenio, la adhesión en tiempo y forma no podrá ser revocada, aunque la sentencia que recaiga en el incidente de impugnación modifique el importe o la clase del crédito. Podría darse el caso, en consecuencia, de que créditos que hubieran votado a favor o en contra del convenio, por un importe o clasificación determinados, hayan sido impugnados y finalmente modificados por sentencia judicial, y que el resultado de dicha modificación hubiera tenido un impacto sobre la mayoría relevante de aceptación o rechazo del convenio. La Ley 16/22 ha decidido apostar por la rapidez en la tramitación y entrada en vigor del convenio, aunque ello suponga confiar en textos provisionales que pueden derivar en mayorías de apoyo o rechazo que finalmente se probasen incorrectas. Comparto esta decisión del legislador.

En primer lugar, porque la alternativa, esto es, esperar a los textos definitivos, no ha funcionado, como expuse.

En segundo lugar, porque, si se está negociando un convenio, las discrepancias sobre el reconocimiento o clasificación de los créditos deberían tratar de reducirse a la mínima expresión, considerando que hay base para ello por cuanto la lista de acreedores se prepara de acuerdo con la contabilidad del deudor y con los escritos de comunicación de créditos remitidos por los acreedores en el plazo legalmente previsto, y que el art. 289 TRLC ofrece un trámite de revisión del proyecto de lista antes de su presentación, precisamente para solucionar errores y discrepancias por acuerdo entre el acreedor, el deudor y el administrador concursal. Tampoco puede olvidarse que los tribunales y las sucesivas reformas legales han venido clarificando muchas cuestiones inicialmente dudosas, reduciendo así el abanico de posibles impugnaciones. Por ejemplo, en materia de subordinación de determinados créditos, del alcance del privilegio especial a las prendas de créditos futuros, del tratamiento del *leasing* o de los derivados financieros, o del reconocimiento de los créditos debidos en concepto de aval o fianza. De hecho, este sistema precisamente ayuda a evitar impugnaciones oportunistas cuyo único objetivo podría ser el de obstaculizar o dilatar la aprobación del convenio, al convertirlas en ineficaces para alcanzar tal objetivo.

En tercer lugar, porque, aun sin obviar que pueden existir discrepancias tan sustanciales como para haber merecido ser resueltas antes de aprobar el convenio (por ejemplo, la consideración de un acreedor concreto como administrador de hecho a los efectos de subordinar su crédito y, por tanto, excluirle del cómputo y privarle del derecho de voto, o la cuantificación del valor de la garantía que asegura un crédito privilegiado especial para determinar los umbrales de mayorías especiales), en el fondo el sistema no me parece tan diferente respecto del aplicable a la votación y cómputo de los planes de reestructuración. También en este caso se toma como base la contabilidad del deudor, se definen las clases por referencia al rango concursal, replicando así el riesgo de discrepancias, y las mayorías se determinan por el experto en la reestructuración cuando haya sido nombrado, o por el auditor en otro caso. Si bien es cierto que se permite la confirmación previa de las clases antes de someter el plan a homologación, lo que podría ayudar a solucionar el problema, hacerlo supondrá más tiempo antes de que la reestructuración entre en vigor, con los problemas que este retraso pueda conllevar para su viabilidad y éxito.

Y, en cuarto lugar, porque, si se prevén posibles impugnaciones del informe, lo más probable es que se tengan en cuenta para ajustar los términos y condiciones de la propuesta de convenio y del plan de viabilidad a lo que eventualmente pudiera resultar de ellas, y los acreedores decidan adherirse u oponerse a la propuesta en función de la relevancia de las impugnaciones presentadas para el cumplimiento del convenio. De este modo, se acomodan los distintos incentivos para valorar la propuesta de convenio.

3. El convenio como medida de reestructuración

3.1. Introducción

Las reglas sobre el contenido del convenio y sobre las mayorías necesarias para aprobarlo y arrastrar a los disidentes no presentan tantos cambios respecto del régimen anterior. Continuamos con un sistema fundamentado en la exigencia de dobles mayorías, una para que el convenio se apruebe con carácter general y, por tanto, vincule a todos los créditos ordinarios y subordinados, y otra específica para poder arrastrar a los créditos privilegiados dentro de su clase. Sigue exigiéndose la adhesión del pasivo no afectado por un trato singular atribuido a ciertos créditos o grupos de créditos determinados por sus características, por la mayoría que corresponda. Los porcentajes concretos dependen, a su vez, del tipo de medidas de reestructuración previstas en el propio convenio, conforme detallo en la siguiente tabla.

Medida de reestructuración	Mayoría de créditos ordinarios (por valor) ¹	Mayoría de créditos privilegiados para cada clase (por valor) ²
Pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a 3 años	Pasivo adherido mayor que pasivo que hubiera manifestado oposición	60 %
Pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al 20 % y el resto a su respectivo vencimiento	Pasivo adherido mayor que pasivo que hubiera manifestado oposición	60 %
Quitas iguales o inferiores al 50 % del importe del crédito	Más del 50 %	60 %
Quitas superiores al 50 % del importe del crédito	65 %	75 %
Esperas (ya sean de principal, intereses o de cualquier otra cantidad adeudada) con plazo no superior a 5 años	Más del 50 %	60 %
Esperas (ya sean de principal, intereses o de cualquier otra cantidad adeudada) con plazo superior a 5 años hasta 10 años	65 %	75 %
Conversión en préstamos participativos por plazo no superior a 5 años	65 %	60 %
Conversión en préstamos participativos por plazo superior a 5 años hasta 10 años	65 %	75 %
Otras (daciones en o para pago, capitalización de créditos, etc.)	65 %	75 %

También se mantiene la regla de arrastre en créditos sindicados en los mismos términos previstos anteriormente (75 % a favor de los créditos sindicados para que todos los vinculados por el pacto se entiendan como adhesiones, salvo que el pacto hubiera establecido una mayoría inferior). Su régimen es distinto que el previsto en el art. 630 TRLC para los planes de reestructuración, donde las mayorías de referencia son las legales para cada clase (o las del sindicato, si fueran inferiores), y no el 75 % general, que si no se alcanzan permite el cómputo individual de los créditos, salvo que el sindicato hubiera conformado una única clase.

¹ Incluye créditos ordinarios y créditos privilegiados, generales y especiales, firmantes de la propuesta, o que se hubieran adherido a ella.

² El cómputo se realizará en función de (i) la proporción de las garantías aceptantes sobre el valor de las garantías otorgadas dentro de cada clase (privilegio especial); y del (ii) pasivo aceptante sobre el total del pasivo que se beneficie de privilegio general dentro de cada clase. Las clases de créditos privilegiados se describen en el art. 287 TRLC: (a) créditos de derecho público; (b) créditos laborales, con ciertas limitaciones; (c) créditos financieros, que se definen como los procedentes de cualquier endeudamiento financiero, con independencia de que los titulares estén o no sometidos a supervisión financiera; y (d) los restantes créditos, incluyendo expresamente los acreedores por operaciones comerciales y el resto de acreedores no incluidos en las categorías anteriores.

El contenido permitido del convenio sigue siendo el mismo. Cabe proponer quitas; esperas (con un máximo de diez años, a diferencia de los planes, donde no se prevé límite alguno); cesiones en o para pago de bienes; convenio por asunción para la venta del negocio a un tercero; la conversión de los créditos en acciones o participaciones del propio deudor o de otra sociedad, créditos participativos, créditos subordinados, créditos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento con características, rango o vencimiento distinto; o la cesión de acciones rescisorias o de los efectos de la reintegración. También se mantiene el contenido prohibido, fundamentalmente, la liquidación de la masa para el pago de los créditos; la alteración de la cuantía o clasificación de los créditos reconocidos; o los condicionados (salvo para concursos conexos donde la propuesta pueda condicionarse a la eficacia de los convenios del resto de concursados). Plantear propuestas alternativas, indicando expresamente la aplicable en defecto de elección (que deberá formularse en un plazo no superior a un mes desde que la sentencia que apruebe el convenio sea firme), sigue siendo factible.

Si el convenio contiene propuestas de compromisos de financiación, de prestar garantías o de asumir cualquier otra obligación, deberá firmarse por los compromitentes, incluso cuando la propuesta tuviera contenido alternativo o atribuya trato singular a los acreedores que acepten nuevas obligaciones. Esta financiación será un crédito contra la masa en caso de liquidación futura por incumplimiento del convenio, incluyendo también la prestada por personas especialmente relacionadas con el deudor, siempre que en el convenio conste la identidad del obligado y la cuantía máxima a conceder (novedad introducida en 2020 tras la pandemia, que se mantiene), lo que tras la reforma supone una mejora de su *ranking* comparado con el tratamiento general de la deuda postconvenio, que pasa a ser crédito concursal bajo el nuevo art. 414 bis TRLC.

3.2. Novedades más relevantes en materia de contenido del convenio

Aunque la línea general haya sido la de mantener el régimen sustantivo anterior, se incluyen algunas modificaciones dirigidas, bien a resolver cuestiones previamente discutidas, o bien a regular un régimen más preciso para favorecer la seguridad jurídica de estas operaciones:

- i. El convenio con modificación estructural (fusión, escisión o cesión global del activo o pasivo del concurso) continúa siendo posible, pero se regula más en detalle: (i) se exige que la propuesta también venga firmada por los representantes con poder suficiente de las entidades que sean parte de la modificación estructural; (ii) se prohíbe que la sociedad absorbente, la nueva sociedad, las sociedades beneficiarias de la escisión o la sociedad cesionaria puedan llegar a tener un patrimonio neto negativo como consecuencia de la modificación estructural; (iii) se estipula que los acreedores concursales no tendrán derecho de oposición, poniendo así fin a una duda doctrinal histórica; y (iv) se aclara que la inscripción de la modificación estructural que produzca la extinción de la sociedad en concurso será causa de conclusión del mismo.
- ii. Se prohíbe que los créditos públicos y los laborales puedan verse afectados por un cambio en la ley aplicable; el cambio del deudor (sin perjuicio de que un tercero asuma la obligación de pago sin liberación del concursado); la modificación o extinción de las garantías que tuvieren; o la conversión de los créditos en acciones o participaciones sociales, en

créditos o préstamos participativos, o en cualquier otro crédito de características o rango distinto. Por tanto, estas medidas sí pueden formar parte del convenio respecto de créditos que no sean públicos ni laborales, *a sensu contrario* aunque no se haya indicado expresamente.

- iii. Como novedad, también se prohíben quitas o esperas sobre los créditos correspondientes a (i) los porcentajes de cuotas de la seguridad social a abonar por el empresario por contingencias comunes y por contingencias profesionales; y a (ii) los porcentajes de la cuota del trabajador que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional.
- iv. Cuando la ejecución del convenio exija un aumento de capital para capitalizar créditos (que no tienen por qué ser líquidos, estar vencidos y ser exigibles), además de que no se apliquen las mayorías reforzadas legales y estatutarias, (i) los administradores de la sociedad estarán facultados para aumentar el capital social en la medida necesaria para la conversión de los créditos, sin necesidad de acuerdo de la junta general de socios, cuando el convenio haya sido aprobado por el juez; (ii) los socios no tendrán derecho de preferencia en la suscripción de las nuevas acciones o asunción de las nuevas participaciones (nada se dice sobre la supresión de este derecho tras operaciones acordeón, a diferencia de los planes de reestructuración); y (iii) también en comparación con los planes, donde no se incluye este requisito, las nuevas acciones y participaciones que se emitan en ejecución del convenio deben ser libremente transmisibles (se especifica que por actos *inter vivos* para las nuevas acciones) hasta que transcurran diez años a contar desde la inscripción del aumento de capital en el Registro Mercantil, incluso cuando los estatutos sociales contengan cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad.
- v. Los créditos subordinados se ven afectados por las mismas quitas y esperas establecidas para los ordinarios. Su pago empezará a realizarse desde el íntegro cumplimiento del convenio respecto de los ordinarios, precisando que la totalidad de la espera desde el cumplimiento del convenio nunca debe ser superior a diez años, y que los plazos anuales de espera para los ordinarios se computen como trimestrales para los subordinados.

4. Convenio vs. Planes de reestructuración

Ya existían algunas diferencias entre los antiguos acuerdos de refinanciación homologados y los convenios. Los primeros solo "arrastraban" a pasivos financieros, mientras que los segundos arrastraban a cualquier pasivo, salvo ciertas medidas respecto de los créditos públicos y los laborales. Esta diferencia de hecho desaparece tras la reforma, pues los planes de reestructuración también podrán afectar a cualquier tipo de crédito, salvo ciertas excepciones. Aunque existían algunas diferencias más (por ejemplo, las mayorías eran algo menores en el caso del convenio), con carácter general la estructura de ambos sistemas era equivalente. Ninguno era posible sin la aprobación del deudor. Ambos exigían un sistema de doble mayoría, general para todos los créditos afectados, junto con una especial para arrastrar a los créditos privilegiados especiales /

créditos con garantía real fundamentada en el valor de la garantía, que además dependía del tipo de medida a aprobar.

Esto ya no es así tras la Ley 16/22, lo que puede favorecer el uso de estrategias diferentes en favor de la reestructuración, bien por medio del plan, o bien por medio del convenio.

4.1. *Cram-down* del socio disidente

El deudor persona jurídica que se encuentra en una situación de insolvencia actual o inminente, cuyo negocio es viable, podrá reestructurar sus deudas por medio de un plan de reestructuración con sus acreedores (con o sin comunicación al Juzgado del inicio de las negociaciones), o bien presentar la solicitud de concurso para negociar un convenio con los mismos acreedores. La decisión, desde la perspectiva del socio de dicha compañía, no es en absoluto baladí.

Como punto de partida, existen muchos incentivos para reestructurar el negocio por medio de un plan de reestructuración fuera del concurso. Por ejemplo, las entidades financieras estarán interesadas en no provisionar sus créditos (aun cuando la nueva Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España, considera como dudoso, y no como fallido, el crédito cuyo deudor está declarado en concurso sin liquidación), en comparación con otros tipos de financiadores, como fondos de deuda, cuyo margen de actuación puede ser mayor, en tanto que no se ven restringidos por una normativa de provisiones tan estricta, y además probablemente habrán adquirido los créditos a descuento. Los administradores sociales estarán interesados en evitar la apertura de la calificación del concurso en la que se juzgue su eventual culpabilidad. Los socios estarán interesados en conservar una participación en la compañía, así como en evitar que el negocio pierda valor tras el concurso.

Siendo ello así, existe otro factor en cuenta por los socios, relativo al riesgo de que sean arrastrados a la refinanciación contra su voluntad si el deudor estuviera en situación de insolvencia actual o inminente (salvo que el deudor califique como pyme *ex art.* 682 TRLC). Pensemos por ejemplo en un plan que proponga la capitalización de créditos, con o sin operación acordeón, donde además no se reconocerá a los socios el derecho de asunción o suscripción preferente respecto de las nuevas acciones o participaciones, o en un plan que prevea la venta de algunas unidades de negocio a un tercero o a algunos acreedores. Es cierto que podrán impugnar la homologación de ese plan, siempre que hayan votado en contra de él, alegando la concurrencia de alguna de las causas previstas al efecto en el art. 656 TRLC (por ejemplo, porque ese plan no ofrezca una perspectiva razonable para evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo), pero el riesgo de quedar fuera del negocio tras la reestructuración es evidente.

Para evitar este riesgo de arrastre, la primera alternativa sería la de reestructurar cuando el deudor está en probabilidad de insolvencia. Probablemente sea lo más aconsejable. No obstante, no es descartable que, bien porque los socios o los acreedores no quieran reconocer el problema y plantear la reestructuración de forma anticipada, o bien porque las circunstancias cambien durante las negociaciones, que la insolvencia que inicialmente era probable se convierta en inminente, o incluso actual, abriendo así la negociación en curso al riesgo de arrastre de los socios, con el consiguiente desplazamiento del poder de negociación en favor de los acreedores.

En estas circunstancias, plantear la reestructuración a través de un convenio dentro del concurso puede ser una alternativa eficaz para los socios, considerando las mejoras legales introducidas que expuse anteriormente, toda vez que no cabe que el juez apruebe un convenio que no haya sido aprobado por el deudor. El deudor puede oponerse a dicha aprobación si el convenio se presentó por los acreedores, o incluso pedir la liquidación y, con ello, dejar inmediatamente sin efecto en cualquier momento las propuestas de convenio que hayan sido admitidas a trámite.

Es verdad que la representación del deudor para oponerse a un convenio aprobado por los acreedores recae en sus administradores, y no en los socios, quienes pueden tener intereses y objetivos distintos. Los socios tampoco se encuentran entre los legitimados para oponerse a la aprobación judicial de una propuesta de convenio. De hecho, es posible que los administradores ejecuten un aumento de capital que instrumentalice una capitalización de créditos pactada en el convenio sin necesidad de acuerdo de la junta de socios, quienes tampoco tendrán preferencia sobre las nuevas acciones o participaciones emitidas. Por tanto, los socios también afrontan un riesgo de arrastre por capitalizaciones no consentidas en el convenio (no así frente al resto de los acuerdos de junta necesarios para implementar el convenio, como por ejemplo la venta de activos esenciales —salvo que se interprete que el art. 160.f de la Ley de Sociedades de Capital no se aplica en sede concursal—, o una modificación estructural). No obstante, los socios con mayoría suficiente podrán evitar esa maniobra de los administradores coaligados con los acreedores, convocando una junta para cesarles y nombrar nuevos administradores que, llegado el caso, pudieran rechazar esa propuesta de convenio con capitalización presentada por los acreedores, o pedir directamente la liquidación.

4.2. Cram-down de acreedores disidentes

Otra diferencia fundamental tiene que ver con el cómputo del apoyo requerido para aprobar un plan de reestructuración, en comparación con el requerido para aprobar un convenio. Aun cuando ambos sistemas parten del concepto de clase de acreedores por referencia a su rango concursal, el deudor y los acreedores tienen mayor margen de actuación en el caso de los planes. Deciden tanto el perímetro concreto de deudas a refinanciar como el número y composición de las clases y subclases concretas que, dentro de los parámetros legales, sirven como base de cómputo del apoyo al plan. Ello supone que tienen esfera de influencia sobre las mayorías necesarias para aprobar el plan, ya sea dentro de cada clase al influir sobre los créditos que forman parte del denominador necesario para calcular el porcentaje legal, o también en cuanto al número de clases de créditos afectados a los efectos de aprobar un arrastre entre clases.

En el caso del convenio, los acreedores y el deudor no tienen este margen de actuación. Salvo por los créditos contra la masa, no es posible excluir a voluntad créditos de la refinanciación del convenio (cuestión distinta es que no se pretenda afectar los créditos privilegiados generales o especiales, si se cuenta con fondos para atenderlos a sus respectivos vencimientos sin perjudicar la viabilidad de la compañía). Aunque el criterio definidor de las clases del convenio también sea el rango concursal, no es posible crear subclases *ad-hoc*, excepto por las subclases de créditos privilegiados que se identifican, de forma tasada e imperativa, en el art. 287 TRLC. Aunque pudiera interpretarse que esta rigidez podría perjudicar la reestructuración por medio del convenio, considero que no tiene por qué ser así, ya que ofrece plena certidumbre sobre la formación correcta de

las clases relevantes para la aprobación y eficacia del convenio. Además, la flexibilidad para plantear una refinanciación a medida podría conseguirse, en teoría, concediendo un trato singular a ciertos acreedores si se cuenta con el voto a favor de la mayoría legal correspondiente de créditos no afectados por dicho trato singular bajo el art. 378 TRLC.

Las mayorías de aprobación son igualmente distintas. Para el convenio, dependen de la medida de reestructuración en cuestión que se proponga, y requiere una segunda mayoría adicional si se prevé el arrastre de créditos privilegiados. Es decir, no cabe un arrastre a todos con el simple apoyo de una clase *in the money*. El régimen es radicalmente diferente para los planes, que parten de una votación clase por clase, exigiendo siempre la misma mayoría dentro de cada clase con independencia del contenido concreto del plan, y con posibilidad de arrastre entre clases en función de si el plan ha sido apoyado por todas las clases, por mayoría de clases contando con una clase privilegiada concursal, o por una clase *in the money*.

Los porcentajes son también distintos, pues, a igualdad de clases que deben votar el plan, son menores en el caso del convenio (50 % o 65 % para acreedores sin garantía real, frente a los 2/3 por clase de los planes, o 60 % o 75 % frente a los 3/4 de los planes para los privilegiados especiales). Además, el acreedor con garantía real arrastrado por un convenio no tiene derecho de salida ejecutando la garantía, a diferencia del acreedor con garantía real arrastrado a un plan de reestructuración cuando la clase a la que pertenezca tenga más votos en contra que a favor del plan bajo el art. 651 TRLC.

También encontramos diferencias en las reglas de reconocimiento y cómputo de algunos tipos de créditos. Por ejemplo, los créditos subordinados ni computan ni votan bajo un convenio, pero el convenio los arrastra siempre. En cambio, si se les quiere afectar bajo un plan de reestructuración, tendrán derecho de voto y conformarán una clase separada que, si no alcanza la mayoría legal de 2/3, evita que el plan resulte aprobado por todas las clases, forzando la aplicación de las reglas de arrastre entre clases especiales y abriendo, por tanto, un abanico mayor de causas de impugnación por parte de los disidentes. Igual diferencia existe respecto de los créditos contingentes (por ejemplo, deudas por cristalización de avales), que en el caso del convenio no votan salvo que el aval cristalice, pero el convenio los arrastra; mientras que, si se pretende que el plan les afecte, lo votan por el importe máximo —aunque el aval no haya cristalizado todavía—, salvo que el propio plan prevea una afectación por un importe inferior (de hecho, no puede descartarse que lleguen a conformar una subclase separada).

Existen más diferencias. Por ejemplo, un plan solo puede imponer esperas por un tiempo limitado al crédito público, que constituirá necesariamente una clase separada. En cambio, en sede de convenio será posible imponer una quita o una espera de hasta diez años a la parte del crédito público que se clasifique como crédito ordinario, sin que el crédito público compute, en lo que toca al pasivo ordinario, como una clase separada a efectos del cálculo de las adhesiones. La financiación comprometida en el convenio para financiar su cumplimiento según el plan de viabilidad presentado será íntegramente un crédito contra la masa en caso de liquidación futura por incumplimiento del convenio, mientras que solo el 50 % de la financiación interina y la nueva financiación concedida en el marco de un plan de reestructuración tendrá esa clasificación en caso de concurso futuro.

No quiero concluir afirmando que el convenio es un instrumento mejor que el plan de reestructuración. Únicamente pretendo que se tengan en cuenta para analizar las ventajas e inconvenientes de utilizar una u otra vía, para medir si es factible contar con los apoyos de acreedores necesarios para aprobar la reestructuración.

4.3. Impugnación de la reestructuración

El trámite de oposición a la aprobación judicial del convenio mantiene, con carácter general, las reglas del régimen anterior, fundamentado en la oposición previa a su aprobación judicial por un plazo de diez días desde el día siguiente a la proclamación del resultado, con posibilidad de que el juez acuerde medidas cautelares (incluyendo el inicio del cumplimiento del propio convenio bajo las condiciones provisionales que acuerde el juzgado), para evitar que la demora derivada de la oposición impida por sí sola el cumplimiento futuro del convenio aceptado, de desestimarse la oposición. Si la oposición se rechaza, el juez lo aprobará mediante sentencia, momento en el que el convenio desplegará efectos jurídicos sobre los créditos y cesarán todos los efectos de la declaración del concurso (que serán sustituidos por los previstos en el propio convenio) y la administración concursal, salvo para ciertas actuaciones. En función del contenido del convenio, el juez podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, retrasar la eficacia del convenio a la fecha en que la aprobación sea firme, por cuanto la sentencia que rechace la oposición del convenio será susceptible de recurso de apelación que, con carácter general, no tiene efectos suspensivos. El juez también puede rechazar el convenio de oficio si apreciase la existencia de un motivo de oposición (cualquiera de ellos, a diferencia del régimen anterior donde el rechazo de oficio se vinculaba solo a determinadas causas), aunque la misma no se hubiera presentado, o lo hubiera sido por otro motivo. El juez no puede modificar el convenio aprobado por los acreedores, aunque sí podrá subsanar errores materiales o de cálculo, o fijar la correcta interpretación de sus cláusulas. La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2017 rechazó la posibilidad de que el juez pueda eliminar una de las alternativas propuestas en el convenio. Si considera que una de las alternativas contraviene normas imperativas, debe aceptar el convenio íntegramente, o bien rechazarlo por entero.

El sistema de oposición a la homologación de los planes de reestructuración es diferente, en tanto que, con carácter general, presenta una estructura *ex post*. Una vez que el plan ha sido homologado judicialmente, deviene eficaz aunque no sea firme y, en consecuencia, extiende sus efectos inmediatamente a los créditos afectados, al propio deudor y, en caso de personas jurídicas, a sus socios. Los acreedores que no hubieran votado a favor de él podrán impugnar la homologación ante la Audiencia Provincial, impugnación que no tiene efectos suspensivos. El TRLC permite sustituir este régimen de impugnación *ex post* por un sistema de oposición previa a la homologación judicial del plan.

En realidad, en ambos casos se pretende que la decisión judicial aprobatoria devenga inmediatamente eficaz y despliegue sus efectos, con independencia de que sea impugnada con posterioridad. No obstante, los efectos de la impugnación sobre el convenio plantean una incertidumbre mayor para el éxito de la reestructuración que en el caso de los planes, ya que, de seguirse el trámite opcional de oposición previa (que es el normal en caso de convenios), la cuestión devendrá definitivamente zanjada en primera instancia, y de acudir a la vía normal, la decisión de la Audiencia Provincial no será susceptible de recurso. En cambio, la oposición al convenio desestimada en

primera instancia podrá ser reproducida en sede de apelación, e incluso de casación si se cumplen los requisitos legales previstos para ello.

Además, el efecto de una oposición exitosa también perjudica al convenio frente a los planes. Mientras que, en el caso de los planes impugnados, su estimación no hace decaer todo el plan (salvo falta de concurrencia de las mayorías legales o error en la formación de las clases), y solo supone que los efectos aprobados en el plan no se extiendan al impugnante (que se sustituye por una indemnización a cargo del deudor si los efectos del plan sobre el impugnante no se pueden revertir), la estimación de la oposición al convenio conlleva el rechazo de este. A mi juicio, esta diferencia no se sostiene si se quiere apostar por el convenio como un mecanismo eficiente de reestructuración de las deudas, especialmente si se tiene en cuenta que su rechazo conlleva la apertura de la liquidación.

Las causas concretas de oposición al convenio son en general las mismas que ya existían, con algunos matices, aunque se añaden algunas nuevas:

- i. La infracción de las normas legales sobre el contenido del convenio, la forma y contenido de las adhesiones, o el error en la proclamación del resultado de las adhesiones, continúan siendo causas de oposición. No obstante, la reforma especifica que, para que la forma y contenido de las adhesiones puedan conducir al rechazo del convenio, deben haber sido decisivas para la aceptación de la propuesta.
- ii. También se mantiene como causa de oposición la adhesión a la propuesta por quien o quienes no fueran titulares legítimos de los créditos, o la obtención de las adhesiones mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios, cuando esas adhesiones hubieran sido decisivas para la aceptación de la propuesta.

Estas circunstancias no son causas de impugnación de la homologación de un plan de reestructuración. No obstante, pienso que el segundo inciso podría reconducirse a la impugnación del plan porque los créditos no hayan sido tratados de forma paritaria con otros créditos de su clase (sin necesidad, por tanto, de acreditar maniobra alguna) o, en el caso de planes no aprobados por todas las clases, porque la clase del impugnante vaya a recibir un trato menos favorable que cualquier otra clase del mismo rango. El primer inciso podría encajar en la causa general de impugnación cuando la aprobación del plan se haya realizado con disconformidad con las reglas de cómputo y voto de los créditos.

- iii. No superar la prueba del interés superior de los acreedores pasa a ser una nueva causa de oposición al convenio, como es el caso de los planes. Esto es, que el acreedor impugnante pudiera obtener en liquidación una cuota de satisfacción en cualquiera de los créditos de que fuera titular superior a la que obtendría con el cumplimiento del convenio, comparando el valor de lo que habría que obtener conforme al convenio con el valor de lo que pueda razonablemente presumirse que recibiría en caso de que la liquidación de la masa activa se realizase dentro de los dos años a partir de la fecha en que finalice el plazo para oponerse a la aprobación judicial del convenio.
- iv. Se mantiene la inviolabilidad objetiva del convenio como causa de oposición.

Para que un plan de reestructuración pueda ser homologado, debe ofrecer una "*perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo*". Este requisito se configura, igualmente, como una causa de impugnación del plan en todos los escenarios en los que hay arrastre, incluso cuando el plan ha sido aprobado por todas las clases. Nótese la diferencia de redacción. En el caso de los planes, sería en principio suficiente con acreditar una perspectiva razonable de inviolabilidad. En cambio, para oponerse a un convenio será necesario acreditar que su inviabilidad es objetiva, lo que parece exigir mayor carga de la prueba.

La diferencia es más clara en lo que corresponde a los legitimados para alegar esta causa. Mientras que, en el caso de los planes, la legitimación le corresponde a cualquier acreedor que no haya votado a favor del plan; solo podrán impugnar el convenio por inviolabilidad objetiva aquellos acreedores que, individualmente o agrupados, sean titulares de, al menos, el 5 % de los créditos ordinarios y también la administración concursal. El informe de evaluación sobre el plan de viabilidad que acompaña a la propuesta de convenio que debe realizar el administrador concursal tras su admisión a trámite es, en consecuencia, relevante desde esta perspectiva, en tanto que un informe desfavorable o con reservas no impide que el convenio sea aceptado por los acreedores, pero puede conducir a la oposición al convenio por inviable. Además, el experto en la reestructuración no debe realizar un informe general de evaluación de la viabilidad del plan de reestructuración, sino los informes concretos que se prevén en la Ley, y tampoco está legitimado para impugnar su homologación. En mi opinión, debería haberse previsto un régimen similar para el caso del convenio, eliminando la posibilidad de que el administrador concursal pueda oponerse a su aprobación por inviable.

Si relevantes son las causas de oposición del convenio previstas en la Ley, más relevantes son, a mi juicio, las que no se han incluido. En particular, ni la regla de la prioridad absoluta, ni tampoco la regla de la prioridad relativa para deudores pyme, son causa legal de oposición. Ello confiere, en mi opinión, otro incentivo para que reestructuraciones que se quieran acometer con el consentimiento del deudor se realicen bajo el convenio concursal. Los socios del deudor podrán recibir cualquier pago o conservar cualquier derecho, acción o participación en la concursada en virtud del convenio, aunque los acreedores sufran alguna quita de la deuda o sacrificio equivalente. No se deberá acreditar que el convenio resulta imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se ven perjudicados injustificadamente, como sí sería necesario acreditar si la misma reestructuración se aprobase en un plan que no hubiera sido aprobado por todas las clases.

5. Otras modificaciones relevantes

Existen más novedades importantes para hacernos una idea de la relevancia de la reforma.

5.1. “Reconvenio”

Otro de los grandes problemas del convenio concursal radicaba en que constituía la última oportunidad de refinanciación del deudor. Solo había dos opciones: cumplirlo conforme a lo pactado, en cuyo caso concluiría el concurso, o incumplirlo, lo que conduciría a la liquidación concursal de la compañía. No era posible modificarlo.

La posibilidad de modificar un convenio (o reconvenio) en vigor fue permitida de forma excepcional por la disposición transitoria 3.^a del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, para el caso de convenios incumplidos en los dos años siguientes a la entrada en vigor de la norma, a solicitud del deudor o de acreedores que representasen al menos el 30 % del pasivo total existente al tiempo del incumplimiento. Volvió a permitirse, también excepcionalmente, tras la pandemia bajo la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, a fin de que el concursado pudiera presentar una propuesta de modificación del convenio en periodo de cumplimiento desde la declaración del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2021.

El nuevo art. 401 bis TRLC permite, ya sin excepcionalidad alguna, modificar un convenio en vigor a petición del concursado, siempre que (i) hubieran transcurrido dos años desde su vigencia; (ii) el convenio se encuentre en riesgo de incumplimiento por causa que no le sea imputable a título de dolo, culpa o negligencia (lo que guarda relación con las nuevas presunciones de incumplimiento culpable del convenio del art. 445 bis TRLC a efectos de la calificación del concurso como culpable); y (iii) se justifique debidamente que la modificación resulta imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa. No cabe nueva modificación.

Es una novedad positiva, pues confiere una nueva oportunidad de reestructuración. No obstante, es más rigurosa que la posibilidad de plantear sucesivos planes de reestructuración respecto del mismo deudor, que siempre se permiten cuando transcurra al menos un año entre las solicitudes de homologación, con independencia de las causas que motiven la necesidad de un nuevo plan y de la responsabilidad del deudor al respecto. Si confiamos en el convenio como mecanismo de reestructuración, tampoco encuentro justificada esta diferencia.

Se copia, con carácter general, el sistema de 2020, en tanto que el reconvenio no puede afectar a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario, que tampoco serán tenidos en cuenta para computar las mayorías necesarias para aprobar el reconvenio. Solo cabe, por tanto, reestructurar el pasivo afectado por el convenio original en la parte que no hubiera satisfecha, pero no sirve para reestructurar todo el pasivo existente cuando el convenio original entra en riesgo de incumplimiento, incluyendo la deuda postconvenio (que, como expuse, tras la reforma pasará a tener el rango de crédito concursal en caso de liquidación futura por incumplimiento del convenio). Los acreedores privilegiados que hubieran sido arras-

trados por el convenio original, o que se hubieran adherido a él tras su aprobación según permite el art. 397.1 TRLC, tampoco pueden verse afectados por el reconvenio. Se requerirá su adhesión expresa voluntaria, sin que quepa arrastrarlos por mayoría especial como sí se permitía en el régimen del 2014. Ambas limitaciones pueden llegar a impedir el uso eficaz del reconvenio como instrumento en favor de la viabilidad del negocio alternativo a la liquidación.

5.2. Incumplimiento del convenio

En sus aspectos procesales, el procedimiento de declaración de incumplimiento del convenio es igual que el anterior, aunque ya no se permite que los acreedores puedan solicitar la liquidación del deudor durante la vigencia del convenio, si se acreditase la concurrencia de alguno de los hechos que puedan fundamentar la declaración del concurso. Solo puede solicitarla el deudor, con el deber de hacerlo desde que conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos en el convenio y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación. Cuestión distinta es que los acreedores afectados por el incumplimiento del convenio insten su declaración de incumplimiento desde que este se produzca, por los trámites del incidente concursal, y que como consecuencia de ello el convenio quede resuelto y se abra la liquidación.

El incumplimiento del convenio tiene efectos resolutorios por efecto legal, sin que se permita pacto en contrario. La regla es precisamente la contraria en caso de incumplimiento de un plan de reestructuración, que mantiene los efectos extintivos y novatorios del plan de reestructuración incumplido sobre los créditos afectados, exceptuando los créditos públicos, salvo que las partes hubieran previsto lo contrario en el propio plan.

La declaración judicial firme de incumplimiento conlleva la pérdida de efectos de las quitas, esperas y cualesquiera otros efectos sobre el convenio, y habilitará a los acreedores con privilegio especial afectados para reiniciar o reanudar su derecho de ejecución separada de la garantía hasta un valor que no exceda de la deuda originaria, lo que no deja de ser una manifestación general del efecto resolutorio del incumplimiento. No obstante, no es un efecto resolutorio total, pues con la reforma se precisa que el incumplimiento del convenio no afectará a la validez y eficacia de los actos realizados por el concursado o por terceros en ejecución del convenio, produciendo plenos efectos (i) los pagos realizados; (ii) las garantías de financiación constituidas; y (iii) cualesquiera acuerdos societarios adoptados para dar cumplimiento al convenio, incluyendo las modificaciones del capital social, de los estatutos y las estructurales.

La reforma también resuelve una duda recurrente relativa al régimen y plazo de rescisión de los actos realizados por el deudor durante el periodo de cumplimiento del convenio, limitándola a los realizados durante los dos años anteriores a la solicitud de declaración de incumplimiento. A su vez, las normas aplicables a dicha rescisión serán las generales fundamentadas en la prueba del perjuicio, o de las presunciones legales absolutas y relativas, sin necesitar por tanto de acreditar fraude, como sí exigía el régimen anterior. Los actos realizados durante el periodo de cumplimiento del convenio que supongan contravención del propio convenio o alteración de la igualdad de trato de los acreedores que se encuentren en igualdad de circunstancias continúan siendo anulables desde la firmeza de la declaración judicial de incumplimiento del convenio, con independencia del momento en que se realicen.

5.3. Garantías

Los efectos del convenio aprobado por el deudor sobre los derechos del acreedor frente a los garantes, avalistas o deudores solidarios del deudor (que el Tribunal Supremo también aplica a los garantes reales de deuda ajena en su sentencia de 20 de julio de 2021) continúan siendo los mismos que los existentes bajo el régimen anterior: (i) no producirá efectos en los derechos del acreedor frente a los garantes si el acreedor beneficiario de la garantía fue arrastrado bajo el convenio, con lo que los garantes no se beneficiarán de las quitas, esperas y demás medidas previstas en el convenio respecto del deudor; mientras que (ii) si dicho acreedor es el autor de la propuesta, o se adhiere (salvo que revoque la adhesión) a ella, habrá que estar a los pactos suscritos al respecto entre el acreedor y el garante o, en su defecto, al régimen legal (arts. 1849 o 1581 CC, entre otros, que determinan la pérdida de la garantía).

La reestructuración de garantías intragrupo por medio del convenio requerirá que cada una de las sociedades garantes presenten el concurso y, siendo los concursos conexos, promuevan su propuesta de convenio individual, condicionada a la aprobación y entrada en vigor del resto de los convenios (no a la homologación y entrada en vigor de un plan de reestructuración promovido por alguna de las sociedades del grupo, que no se contempla en el art. 319 TRLC). Tampoco se beneficia de la excepción por la que los efectos de un plan de reestructuración pueden extenderse a las garantías personales y reales otorgadas por otras sociedades del grupo no sometidas al plan, cuando la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia del garante y de la propia deudora.

En las relaciones entre el deudor que aprueba el convenio y el garante, el derecho de voto corresponde al acreedor principal, y no al garante. El derecho de repetición, subrogación o regreso del garante frente al deudor se verá afectado por el contenido del convenio, al ser, con carácter general, reconocidos como créditos contingentes en el concurso del deudor por someterse a una condición suspensiva (aunque convendría prever expresamente su afectación en el propio convenio), con una eventual degradación del rango cuando, una vez realizado el pago por el fiador, el fiador tiene una clasificación de peor rango que el acreedor (pérdida de rango que no se produce en el caso de los planes).

6. Conclusión

La reforma del convenio merece, con carácter general, una valoración positiva, sobre todo porque elimina muchos de los problemas que habían impedido su utilización, permitiendo anticipar su entrada en vigor en un plazo predecible e independiente de los tiempos judiciales. También he argumentado por qué el nuevo convenio puede funcionar como una verdadera alternativa al plan de reestructuración en algunos casos, especialmente cuando el negocio del deudor resiste bien el concurso por mantener su valor durante el procedimiento (por ejemplo, sería el caso de promotores inmobiliarios o de sociedades *holding*), y el deudor no teme el resultado de una sección de calificación que, tras la reforma, se abrirá en todo concurso, confiando en la calificación del concurso como fortuito, y no como culpable. Todo ello, sin que se me escape que la alternativa preferente para reestructurar la compañía probablemente siga siendo la extraconcursal a través de los nuevos planes de reestructuración, considerando ventajas como menores costes reputacionales

(especialmente en una reestructuración en probabilidad de insolvencia) o el mantenimiento del control del negocio por parte del deudor durante todo el proceso, al no intervenir un administrador concursal. Además, los acreedores o el experto en las reestructuraciones, en las condiciones previstas en los artículos 612 y 637 TRLC, pueden priorizar la negociación del plan de reestructuración suspendiendo por un mes la solicitud de concurso voluntario presentada por el deudor, aun cuando lo hubiera solicitado para promover la misma reestructuración por medio del convenio.

En cualquier caso, las diferencias entre ambos sistemas de reestructuración descritas en el presente artículo, y su eventual aprovechamiento estratégico en función de las circunstancias concretas del caso, no deben obviarse por todos aquellos operadores que intervengamos en un proceso de reestructuración. Confiemos, en definitiva, en ver más convenios.

OTRAS NOVEDADES EN MATERIA DE LIQUIDACIÓN

José María Blanco Saralegui

Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)

Otras novedades en materia de liquidación

Además de novedades significativas en las liquidaciones traslativas, especialmente en materia de venta de unidad productiva y de prepack, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, ha introducido reformas auténticamente novedosas en todo el proceso de liquidación. La aspiración de este texto legislativo es simplificar y unificar el proceso liquidativo, a través de normas generales que pueden ser alteradas por el juez del concurso, dotándolo de mayor celeridad y estimulando que dicha fase se produzca de forma rápida y ordenada. Esos estímulos a la celeridad, si no son debidamente utilizados, determinarán el recobro por parte de algunos acreedores de ciertos privilegios de ejecución separada. Por último, la administración concursal verá parcialmente comprometidos sus honorarios por retraso indebido.

PALABRAS CLAVE:

LIQUIDACIÓN, SIMPLIFICACIÓN, EJECUCIÓN SEPARADA, NORMAS GENERALES, NORMAS ESPECIALES, RETRIBUCIÓN.

Further amendments to the liquidation process

In addition to the significant novelties in transfer liquidations, in particular in the sale of production units and prepacks, Law 16/2022 has introduced some truly innovative amendments to the entire liquidation process. Law 16/2022 aims to simplify and bring together the liquidation process, through general rules that the insolvency judge can modify, thus ensuring that this phase is completed faster and in an orderly manner. If these incentives to expedite the liquidation process are not used appropriately, some creditors will be entitled to separate enforcement privileges. Finally, this undue delay will cause the insolvency practitioner's fees to be partially reduced.

KEYWORDS:

LIQUIDATION, SIMPLIFICATION, SEPARATE ENFORCEMENT, GENERAL RULES, SPECIAL RULES, REMUNERATION.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-10-2022

Blanco Saralegui, José María (2022). Otras novedades en materia de liquidación. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 191-202 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

1.1. La liquidación como solución normal (inevitable)

Es comúnmente admitido que lo que quería ser la solución natural del concurso —el convenio— fracasó como tal, porque un porcentaje muy elevado de los concursos finalizaba por su solución alternativa —la liquidación—, que en principio no era la solución “normal” a la insolvencia.

Tal vez por esa razón, la ley concursal originaria dedicaba poco tiempo y ganas a las operaciones liquidatorias, daba por hecho que las enajenaciones serían exitosas y contenía normas muy laxas para que la administración concursal elaborase los planes de liquidación.

Con el paso del tiempo, y muy especialmente a partir de lo que denominaremos “la primera crisis” (2008 a 2014), la presencia de soluciones convenidas a la insolvencia pasó a ser testimonial. La solución normal del concurso era la liquidación, y en parte por ese motivo ningún deudor tenía el menor estímulo en concursar y, cuando lo hacía, era compelido por sus acreedores —muchas veces a través del concurso necesario—, y generalmente lo hacía tarde y mal, habiendo malbaratado sus bienes y jugándose sus administradores en la sección de calificación las consecuencias perniciosas asociadas a dichas malas praxis.

El legislador, ante esa tesitura, propició como solución normal a la insolvencia judicial la no insolvencia. Es decir, comprendió que la solución a la insolvencia era evitarla, negociar antes con los acreedores y reestructurar sus deudas, con las garantías suficientes para que, en caso de concurso, determinadas operaciones no pudieran ser atacadas o lo fueran con requisitos muy estrictos. Pero estos institutos preconcursales funcionaron bien de forma muy limitada y especialmente en empresas con un tamaño considerable, donde la situación concursal era un problema no solo para el deudor, sino también para sus acreedores.

Con esos mimbres, el legislador asumió que si un deudor no podía evitar el concurso, acabaría liquidándose, e hizo de la necesidad virtud: si debía haber liquidación, que fuera traslativa, y no extintiva. Las liquidaciones traslativas de empresas (o parte de ellas) que fueran viables podrían suponer un evidente mantenimiento del tejido empresarial y una gran conservación de valor. En buena parte, ese cambio de mentalidad fue propiciado por jueces mercantiles con visión de futuro y valentía, y se acometieron procesos de liquidación muy exitosos.

1.2. Evolución legislativa de las operaciones de liquidación

Un poco de historia resulta indispensable para entender dónde nos encontramos. Desde su redacción originaria (Ley 22/2003, de 9 de julio), la ley concursal preveía un escenario donde se alzaprímaba la intervención de la administración concursal. Este órgano, auxiliar del juez del concurso, elaboraba un “*plan de liquidación*” —en un plazo de quince días, prorrogables en razón de su complejidad— que venía a erigirse como el compendio de normas de enajenación de bienes y derechos del deudor. Las normas de pago de los créditos reconocidos, tras la obtención de tesorería por esas enajenaciones, por el contrario, eran —y son— indisponibles.

Ese plan de liquidación era sometido a observaciones del propio deudor, de los acreedores y de cualquier interesado, además de a las de los representantes de los trabajadores, y después a un nuevo trámite de alegaciones por la administración concursal. Solo en ese momento el juez del concurso procedía a su aprobación, bien en los propios términos del plan de liquidación, bien acogiendo total o parcialmente las observaciones. Nótese que la intervención del juez era exclusivamente “dirimente”, optando o no por las objeciones recogidas y solo, en los términos legales, “en función de aquellas”, por lo que carecía de prerrogativas adicionales. El auto, finalmente, era susceptible de ser recurrido en apelación.

Si ese plan de liquidación era la solución primaria, la ley contemplaba también la existencia de las llamadas “reglas supletorias” de liquidación (artículo 149), que operaban en defecto de aprobación de un plan de liquidación o en lo no previsto en el aprobado. En esas reglas se establecían principios un tanto abstractos (como la preferencia de la enajenación en globo frente a la unitaria o atomizada), que no podían dar soluciones concretas a problemas concretos, aunque servían de orientación para la elaboración de los planes.

Podemos decir, en definitiva, que había tantos planes de liquidación como concursos, que el trámite de su aprobación —incluso de forma no definitiva y cuestionable ante la Audiencia Provincial— se demoraba hasta el punto en que los bienes empezaban a perder valor de forma alarmante¹, y que la escasa regulación propiciaba soluciones imaginativas no previstas en la ley (por ejemplo, las modificaciones sobrevenidas del plan por cuestiones no contempladas en él y tampoco por las reglas supletorias). Una regulación escasa para la que, en aquel momento, constituía *de facto* la solución “normal” del concurso.

Con la experiencia de los primeros años y en plena crisis se gestó la primera gran reforma concursal, con la Ley 38/2011. En el campo de la liquidación, la aproximación del legislador fue tímida pero contundente, pues confirió una suerte de poderes especiales a los jueces mercantiles para “interferir” en los planes de liquidación, modificándolos de oficio en la medida que lo estimase necesario para el interés del concurso. Suprimió, además, el trámite contraaleatorio de la administración concursal.

No es de extrañar que, en esta tesitura, los jueces de lo mercantil se cansaran de tener un plan de liquidación distinto por cada concurso, y que algunos de ellos elaborasen formas de liquidar únicas —prescindiendo del modelo *taylor-made*— plasmadas por auto aprobatorio del plan de liquidación. Dicho de otro modo, “aquí se liquida así”. Sin ser exhaustivos, pueden verse los Acuerdos de los jueces de lo mercantil y secretarios judiciales de Catalunya (seminario de 3 de julio de 2014), las Pautas sobre el plan de liquidación aprobado por los Juzgados de lo Mercantil de Almería, Badajoz, Cádiz, Ceuta, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, y los titulares del n.º 1 y 2 de Málaga y n.º 1, n.º 2 y n.º 3 de Sevilla, o cualquier resolución del Juzgado Mercantil n.º 1 de Oviedo, casi siempre pionero.

1 Como recoge Marta Flores Segura en su artículo “Suprimir el plan de liquidación para acortar la liquidación concursal”, *Almacén de Derecho*, octubre 2020, según el *Anuario de estadística concursal* (https://www.registradores.org/estaticasm/Estadistica/concursal/Estadistica_Concursal_Anuario.pdf), en 2019, el tiempo necesario para la aprobación del plan de liquidación fue de 103 días en los procedimientos abreviados y de 175 días en los procedimientos de tramitación ordinaria. En otras palabras, fue necesario esperar cerca de medio año para conseguir un plan de liquidación aprobado judicialmente.

Esta forma generalizada de actuar por territorios y las grandes facultades del juez para hacer casi una enmienda a la totalidad de las previsiones liquidatorias plasmadas en un plan por la administración concursal ha llevado al nuevo paradigma recogido en la reforma operada por Ley 16/2022.

La última gran reforma de la liquidación fue la acordada por Ley 9/2015, de 25 de mayo, a la que haremos sintética alusión. En primer lugar, introdujo en el artículo 146 bis reglas que contenían especialidades para la transmisión de unidades productivas. En segundo lugar, introdujo normas *legales*—que no supletorias—para la liquidación, pese a lo cual la estructura del precepto no parecía dejar dudas sobre su carácter subsidiario de un plan no aprobado o en lo no previsto en él. A pesar de estas enormes deficiencias de redacción, la norma aclaró la regla de enajenación y pago de los créditos con privilegio especial cuando estos, *ex* artículo 149.2, estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios del deudor que se enajenasen en conjunto, o normas sobre celebración de la subasta en caso de unidades productivas (149.3).

El texto refundido de la Ley Concursal (“TRLC” en lo sucesivo) ordenó y sistematizó —en mi opinión mejorándola mucho— la tan abundantemente reformada normativa concursal, pero —como es lógico— no introdujo modificaciones de calado en la liquidación. No podía. Algunas de las que introdujo fueron abiertamente cuestionadas; véase, si no, la reacción de la jurisdicción social frente a la atribución al juez del concurso de la competencia para determinar si existe o no, y con qué alcance, sucesión de empresa en la transmisión de unidad productiva.

Otras modificaciones, por el contrario, fueron especialmente bienvenidas, especialmente porque dotaban de operatividad práctica a las operaciones liquidatorias, que a veces chocaban con inconvenientes registrales. Fue esa la razón de introducir la previsión contenida en el artículo 419.1 TRLC (“*en el auto que se apruebe el juez deberá incluir íntegramente el plan de liquidación aprobado*”) y 419.2 TRLC (“*la aprobación del plan tendrá valor de autorización para enajenar los bienes o derechos afectos a crédito con privilegio especial o para darlos en pago o para pago o de autorización para enajenar las unidades productivas cuando así conste expresamente en el propio plan aprobado*”), que acabó con los interminables reparos de notarios y registradores, o sencillamente miedos de los administradores concursales y partes compradoras a que los planes de liquidación no fueran literosuficientes, exigiéndose autorizaciones judiciales adicionales a aquello que no lo necesitaba.

La posibilidad de modificación del plan de liquidación (artículo 420) vino a plasmar, por último, una inveterada y razonable praxis judicial en defecto de regulación expresa.

2. La nueva liquidación. La supresión del plan

2.1. El principio de celeridad

Eran estos, pues, los mimbres sobre los que el legislador ha realizado sus labores de cirugía a la hora de transponer la Directiva sobre reestructuración e insolvencia.

En la exposición de motivos de la Ley 16/2022 late permanentemente la idea de facilitar la reestructuración de empresas viables y, simultáneamente, la *“liquidación rápida y ordenada de las que no lo son”*; en otras ocasiones se hace referencia a una liquidación *“eficiente”*, empleando los mismos términos de la Directiva.

La exposición de motivos realiza un diagnóstico parcial, pero —sin entrar en detalles— correcto de algunos de los errores de concepción del concurso detectados en estos últimos años. A renglón seguido, y esta vez sin explicar por qué, se afirma que *“Otro momento retardatario es la exigencia de que el juez apruebe un plan de liquidación. En lugar de este modelo, la ley opta por establecer normas legales de liquidación, facultando, no obstante, al juez del concurso para que, al acordar la apertura de la fase de liquidación de la masa activa o en resolución posterior, pueda establecer «reglas especiales de liquidación» atendiendo a la composición de esa masa, a las previsibles dificultades que tenga la liquidación o cualesquiera otras circunstancias concurrentes. El administrador concursal liquidará la masa conforme a las normas legales o, en su caso, conforme a esas reglas especiales fijadas por el juez del concurso”*.

Si la razón es esta, mucho me temo que, por sí sola, no justifica la supresión del plan. Es cierto que los plazos y los trámites alegatorios y contraalegatorios eran excesivos y muy largos, pero podría haberse optado por suprimir algunos traslados y reducir algunos plazos.

El cambio de paradigma está basado en la experiencia y en la práctica judicial, pero no puede escudarse necesariamente en la mayor o menor rapidez. En lo que se tarda más o menos tiempo es en liquidar, no en elaborar un plan para ver cómo se liquida. Y mucho menos cuando se relea el diagnóstico sobre errores de concepción del concurso en estos últimos años y uno es el *“exceso de procesalismo y el exceso de judicialismo”* (sic). Resulta que el exceso de judicialismo se combate con unas reglas legales que el juez puede modificar, con algún límite, a su exclusivo antojo, arrinconando la competencia de quien debería, como auxiliar del juez, realizar el proceso liquidatorio bajo su competencia y responsabilidad. Ser coherentes con un *“exceso de judicialismo”* es evitar la intervención del juez en el proceso de liquidación, más allá de un control sobre su resultado: para eso está la rendición de cuentas, y no —a mi juicio— que el juez elabore sus propias normas liquidatorias en función de cada concurso.

2.2. La supresión del plan

El artículo 415 TRLC, que titula *“Reglas especiales”*, queda redactado del siguiente modo:

“1. Al acordar la apertura de la liquidación de la masa activa o en resolución posterior, el juez, previa audiencia o informe del administrador concursal a evacuar en el plazo máximo de diez días naturales, podrá establecer las reglas especiales de liquidación que considere oportunas, así como, bien de oficio bien a solicitud de la administración concursal, modificar las que hubiera establecido. Las reglas especiales de liquidación establecidas por el juez podrán ser modificadas o dejadas sin efecto en cualquier momento, bien de oficio bien a solicitud de la administración concursal.”

2. *El juez no podrá exigir la previa autorización judicial para la realización de los bienes y derechos, ni establecer reglas cuya aplicación suponga dilatar la liquidación durante un periodo superior al año.*
3. *Contra el pronunciamiento de la resolución judicial de apertura de la fase de liquidación de la masa activa relativa al establecimiento de reglas especiales de liquidación o contra la resolución judicial posterior que las establezca, así como contra la resolución judicial que les modifique o deje sin efecto, los interesados solo podrán interponer recurso de reposición.*
4. *Las reglas especiales de liquidación establecidas por el juez quedarán sin efecto si así lo solicitaren acreedores cuyos créditos representen más del cincuenta por ciento del pasivo ordinario o más del cincuenta por ciento del total del pasivo.*
5. *Cuando se presente a inscripción en los registros de bienes, cualquier título relativo a un acto de enajenación de bienes y derechos de la masa activa realizado por la administración concursal durante la fase de liquidación, el registrador comprobará en el Registro público concursal si el juez ha fijado o no reglas especiales de la liquidación, y no podrá exigir a la administración concursal que acredite la existencia de tales reglas".*

Por su parte, el artículo 416 TRLC se titula "Reglas generales supletorias", con el siguiente tenor:

"De no haber establecido el juez reglas especiales de liquidación, el administrador concursal realizará los bienes y derechos de la masa activa del modo más conveniente para el interés del concurso, sin más limitaciones que las establecidas en los artículos siguientes y en el capítulo III del título IV del libro primero".

Lo primero que llama la atención de esta regulación es —como hemos comentado— la supresión del plan de liquidación que, elaborado por la administración concursal y aprobado por el juez, con o sin modificaciones, se erigía en norma liquidatoria básica a cuyo tenor la enajenación de bienes y derechos debía ceñirse, con normas supletorias que servían de probable asidero a la administración concursal cuando encontraba problemas no solucionados por el plan.

Veremos si su sustitución por estas normas mejora el sistema anterior. Creo que, en cuestión de tiempos, sin duda alguna; pero solo la práctica nos ofrecerá elementos determinantes para valorar el nuevo sistema en su conjunto.

2.3. Las reglas generales (¿supletorias?)

A pesar de que la ley va de lo especial a lo general, un mejor orden sistemático, a mi modo de ver, hubiera debido comenzar con la norma general: principio de *libre enajenación* de los bienes por la administración concursal. A esa libertad se habrían de añadir nominalmente sus límites, por otro lado fácilmente constatables: los referidos a los *tempos* de enajenación y principio de conservación de la masa activa, y las reglas legales e indeclinables de enajenación de bienes y derechos litigiosos (art. 207 TRLC), enajenación de bienes y derechos afectos a privilegio especial (arts. 209 y ss. TRLC) y unidades productivas (arts. 215 y ss. TRLC).

Ese modo de enajenar tiene un requisito explícito, pero difícil de concretar por la indefinición del término: *del modo más conveniente al "interés del concurso"*. El interés del concurso ha sido interpretado generalmente como la maximización del beneficio para la masa, aunque será difícil concretar, en algunos casos, por qué determinadas decisiones de enajenación son más beneficiosas que otras.

En estos casos, parece necesario un ejercicio de prudencia por parte de la administración concursal, un pequeño esfuerzo —argumentativo a veces, documental otras— de justificación de ofertas más bajas rechazadas o la ausencia de ellas, así como el ámbito de publicidad, mayor o menor que el exigido por la ley en artículo 415 bis TRLC, que se remita al portal de liquidaciones del Registro público concursal, más aún hasta que se produzca el necesario desarrollo reglamentario de dicha previsión.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el juez puede (o no) acordar reglas especiales de liquidación, acaso la mejor denominación hubiera sido la de "reglas especiales supletorias". No deja de ser, en todo caso, una cuestión puramente semántica sin importancia.

2.4. Las reglas especiales. Límites

El juez tiene la opción de dictar su propia ley en la liquidación. Dispone para ello de varios momentos: el de la propia apertura de la liquidación o en cualquier momento posterior (415.1 TRLC). También puede modificar las inicialmente acordadas en cualquier momento, y puede hacerlo tanto de oficio como a instancia de la administración concursal.

Pocas exigencias formales se desprenden de forma natural de la regulación; ni siquiera se menciona qué tipo de "resolución" posterior al auto de apertura de la liquidación habría de dictarse para acordar reglas especiales o modificar las ya establecidas. Como el único recurso que cabe contra esa decisión del juez en cualquiera de esos momentos es el de reposición (*vid.* art. 415.3 TRLC), parece un sobrentendido que ha de tratarse de un auto, aunque no creo que pueda descartarse una providencia sucintamente motivada, sujeta de igual modo al recurso de reposición, cuya legitimación se restringe a los "interesados". El juez podría establecer, así, un control de legitimación inadmitiendo los recursos interpuestos por quienes carecen de interés legítimo.

Los límites impuestos son escasos pero contundentes, y se regulan en el apartado segundo del precepto: el juez, en primer lugar, no puede exigir autorizaciones judiciales para realizar bienes y derechos. Esta prohibición es perfectamente coherente con la exención que ya realizaba el 419.2 del TRLC. Si la aprobación del plan valía, sin autorizaciones adicionales, para enajenar, no resulta coherente que, suprimido el plan, el juez las imponga.

En segundo lugar, el juez no puede establecer reglas cuya aplicación suponga dilatar la liquidación durante un periodo superior al año. El año se erige en plazo inexorable de realización de las operaciones liquidatorias. Luego veremos que esto tendrá repercusión en la remuneración de la administración concursal, pero también en el nuevo renacer de las ejecuciones separadas.

En tercer lugar, hay un límite que opera *ex post* o, dicho de otro modo, no es un límite legal, sino —por así decirlo— convencional (impuesto por una mayoría de acreedores) y que opera solo de modo abrogatorio de la voluntad del juez ya manifestada: las reglas especiales determinadas por el juez quedarán sin efecto si así lo solicitasen acreedores cuyos créditos representen más del cincuenta por ciento del pasivo ordinario o más del cincuenta por ciento del total del pasivo (415.4 TRLC). Este límite nos plantea, como mínimo, las siguientes cuestiones.

Para empezar, no se entiende bien por qué una determinada mayoría de créditos —bastante poco *senior*, y que incluso pueden ser subordinados, si conforman la mayoría del pasivo total— pueden dejar sin efecto especiales previsiones del juez. Créditos ordinarios, y no digamos subordinados, llegada la liquidación tienden a no cobrar casi nunca, por lo que es una prerrogativa bastante poco comprensible.

Para seguir, la ley no dice a través de qué instrumento han de dejarse sin efecto esas reglas especiales a solicitud de esos acreedores. No se sabe si automáticamente y por mor de la propia solicitud dichas previsiones quedan sin efecto o si, por el contrario, requieren de una resolución judicial. Puede ocurrir, en este último caso, que la resolución judicial aprecie que no concurren la mayoría de acreedores —error en el cómputo del *quorum* legalmente previsto—, o, imagínese, que es una solicitud fraudulenta y que no resulta admisible, atendidas las circunstancias, al amparo del artículo 11 LOPJ. ¿Cuál será el régimen de recursos frente a dicha resolución? ¿Qué forma habrá de revestir? ¿Qué eficacia tendrá mientras se sustancian los recursos, y a qué normas habrá de acogerse el proceso liquidatorio? ¿A las generales o a las especiales? Si son estas últimas, ¿pueden los legitimados solicitar su suspensión cautelar? Acaso sean problemas de laboratorio, pero la experiencia nos enseña que la realidad tiende a multiplicar los problemas, y aunque la norma no puede resolverlos todos *ex ante*, sí hubiera sido deseable algún detalle adicional en la regulación.

3. Especialidades en los efectos de la liquidación. La reanudación de la ejecución separada

Es sabido que uno de los efectos principales derivados de la apertura de la fase de liquidación es la pérdida del derecho del acreedor con garantía real a ejecutar separadamente su garantía.

En la versión original del TRLC, el artículo 149 disponía que:

"1. La apertura de la fase de liquidación producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso o no las hubieran iniciado transcurrido un año desde la declaración de concurso.

2. Las ejecuciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se acumularán al concurso de acreedores como pieza separada. Desde que se produzca la acumulación, la suspensión quedará sin efecto".

Este artículo daba una mejor y más clara redacción a lo dispuesto inicialmente por la Ley Concurzal en su artículo 57.3, al tiempo que lo ubicaba donde mejor correspondería sistemáticamente (como efecto derivado de la apertura de la fase de liquidación). En efecto, ese precepto disponía que *"Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada"*.

Pues bien, el afán de celeridad en la fase liquidación ha llevado a que la reforma operada por la Ley 16/2022 añada un importante epílogo al párrafo primero del artículo 149.1 TRLC, conforme al cual *"Los titulares de garantías reales recuperarán el derecho de ejecución o realización forzosa cuando transcurra un año desde la apertura de la liquidación sin que se haya enajenado el bien o derecho afecto"*.

En suma, la recuperación del derecho de ejecución separada se hace condicionar a la existencia del bien en el patrimonio del deudor pasado un año desde la apertura de la fase de liquidación. Esta previsión —como hemos apuntado más arriba— es coherente con la prohibición legal de que el juez prevea fórmulas de enajenación que permitan superar el año. Aclaremos que una cosa es la previsión legal sobre tiempos legales de enajenación y otra bien distinta que la liquidación acabe durando más del año, lo cual sucede con cierta frecuencia. Luego retomaremos este concepto a la hora de ver otras consecuencias colaterales de esta previsión.

La redacción del precepto nos ofrece algunas dudas, que intentaremos solventar, siquiera de modo preliminar y sin perjuicio de lo que depare la futura práctica. En primer lugar, parece que la iniciativa ha de ser del propio acreedor, puesto que el solo transcurso del año habilita el renacimiento de su derecho, sin necesidad de resolución judicial. En la demanda de ejecución de su garantía deberá hacer constar todos los antecedentes, y simplemente documentar las resoluciones dictadas que permiten constatar el *dies a quo*- auto de declaración de concurso y apertura de la fase de liquidación, unidas, tal vez, al último informe de liquidación de donde no se desprenda la transmisión del derecho. En segundo lugar, habrá que ver qué ha de entenderse por *"enajenación del bien o derecho afecto"*. Si al transcurrir el año hay un compromiso de venta, no parece que sea suficiente. Si hay un contrato de compraventa, pero no se ha realizado la entrega, entiendo que tampoco. La referencia a la *"enajenación"* debe entenderse hecha, a mi juicio, a la adquisición completa de la titularidad del bien y, por tanto, en caso de compraventa, requerirá el título y el modo o entrega de la cosa. No por tratarse de una prerrogativa excepcional del acreedor ha de interpretarse la *"enajenación"* como algo baldío. Si sigue, aun de modo provisional, en la esfera jurídica de la titularidad del deudor y la enajenación no ha dado como resultado una traslación completa de titularidad, el precepto será completamente aplicable.

4. Liquidación y retribución de la administración concursal

Es conocido también que la mayor parte de las reformas realizadas en el régimen de la administración concursal serán realmente operativas cuando se reglamente su estatuto —si es que finalmente alguien se decide a hacerlo—.

Recordemos que la DT 5.^a de la Ley 16/2022 establece que *"En tanto no se apruebe por el Gobierno, conforme a la disposición final decimotercera, el Reglamento de la administración concursal en el que se establecerá el acceso a la actividad, el nombramiento de los administradores concursales y su retribución, continuarán resultando de aplicación la disposición transitoria única del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, así como, en materia de arancel, la disposición transitoria tercera de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social"*.

En la DT 3.^a de la Ley 25/2015, que continúa vigente por expresa disposición de la Ley 16/2022, se establecen los parámetros actuales de remuneración de la fase de liquidación, a saber: *"b) La retribución de los administradores concursales profesionales durante cada uno de los seis primeros meses de la fase de liquidación será equivalente al 10 por ciento de la retribución aprobada para la fase común.*

A partir del séptimo mes desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado esta, la retribución de los administradores durante cada uno de los meses sucesivos será equivalente al 5 por ciento de la retribución aprobada para la fase común.

A partir del decimotercer mes desde la apertura de la fase de liquidación la administración concursal no percibirá remuneración alguna salvo que el juez de manera motivada y previa audiencia de las partes decida, atendiendo a las circunstancias del caso, prorrogar dicho plazo. Las prórrogas acordadas serán trimestrales y no podrán superar en total los seis meses".

Pues bien, el futuro Reglamento de la administración concursal tendrá que tener como parámetro algunos aspectos de la regulación de la retribución de la administración concursal establecidos por la propia ley, y entre ellos se encuentran algunas disposiciones relativas al pago de la retribución de la administración concursal en la fase de liquidación, no enteramente coincidentes con la regulación vigente.

Así, el artículo 86.1 TRLC es reformado por la Ley 16/2022 incorporando la regla de *duración* del concurso. En lo que concierne a la liquidación, dicho texto dispone —y así deberá incorporarlo el arancel— que *"c) Cuando la fase de liquidación exceda de ocho meses, la retribución del administrador se reducirá en, al menos, un cincuenta por ciento salvo que el juez, de manera motivada, en el plazo de tres días a contar desde la solicitud, entienda que existan circunstancias objetivas que justifiquen ese retraso o que la conducta del administrador hubiese sido diligente en el cumplimiento de las demás funciones"*.

En consecuencia, tanto en el sistema actual como en el futuro —de imposible predicción de entrada en vigor— la duración de la liquidación tiene y tendrá severas repercusiones en los emolumentos de la administración concursal, operando como estímulo a una liquidación rápida. Que a partir del año los titulares de garantía real decidan ejecutar separadamente los activos no vendidos tendrá obvias consecuencias en la petición de prórroga de remuneraciones, tenidas en cuenta “las circunstancias del caso”, pues les restará claramente labores de liquidación.

5. Referencia a la liquidación en el procedimiento especial para microempresas. Remisión

En otra parte de esta publicación se analizará con mucho más detalle el procedimiento especial para microempresas en todas sus vertientes. Baste hacer aquí, por tanto, una remisión a algunos aspectos importantes de la opción liquidativa de dicho procedimiento (libro III), que entrará en vigor el 1 de enero de 2023, aunque lo haremos de modo sumamente sintético:

- i. El procedimiento especial podrá tramitarse como procedimiento de continuación o como procedimiento de liquidación con o sin transmisión de la empresa en funcionamiento (art. 685.5 TRLC), a elección de deudor o acreedores solicitantes (art. 693.1 TRLC). El procedimiento especial de liquidación será también consecutivo al fracaso de un procedimiento de continuación (art. 699 bis).
- ii. El procedimiento especial de liquidación sin transmisión de la empresa en funcionamiento regulado en este libro requerirá la existencia de insolvencia actual o inminente, si lo solicita el deudor, o actual, si lo solicitan legitimados distintos del deudor (art.686.3 TRLC).
- iii. El deudor puede mostrar su disposición a liquidar el activo o el nombramiento de un administrador concursal. En ambos casos, ha de elaborarse un plan de liquidación por medio de formulario normalizado (art. 707 TRLC), al que se podrán formular objeciones y alegaciones, y que será aprobado por auto del juez, sin ulterior recurso.
- iv. Las operaciones de liquidación, salvo circunstancias justificadas, no podrán durar más de tres meses, con uno adicional de prórroga (art. 708 TRLC).
- v. Se puede realizar la transmisión de empresas a través del procedimiento especial de liquidación, e incluso a través de *prepack*, sujetándose a las reglas generales, con algunas especialidades.

6. El derecho transitorio

La disposición transitoria primera, 2, de la Ley 16/2022 establece que los concursos declarados antes de la entrada en vigor por la presente ley se regirán por lo establecido en la legislación anterior.

Pero hay que tener en cuenta que el párrafo 3 establece como excepción a ese principio general —y, por tanto, se regirá por las novedosas normas liquidativas antes expuestas— *“la liquidación de la masa activa cuya apertura hubiera tenido lugar después de su entrada en vigor”*.

Por tanto, en todos los concursos en que se dicten resoluciones que dispongan la apertura de liquidación dictadas con posterioridad al 26 de septiembre de 2022, la liquidación se deberá acomodar a la Ley 16/2022, con independencia de cuándo haya sido declarado el concurso y del estado en el que se halle: pueden ser concursos recientes en los que se haya solicitado la apertura de la liquidación de forma simultánea o casi inmediata al propio concurso, o pueden ser concursos declarados años atrás y en régimen de cumplimiento del convenio que, como consecuencia de la petición del propio deudor, o como consecuencia de un incidente concursal de incumplimiento del convenio, vean abierta la fase de liquidación a partir del 26 de septiembre de 2022.

Artículos

NOVEDADES EN MATERIA DE CALIFICACIÓN CONCURSAL

Raimon Tagliavini Sansa y David García Martín

Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Barcelona)

Novedades en materia de calificación concursal

La reforma concursal trae consigo importantes novedades en materia de calificación concursal. Entre ellas, el adelanto en la formación de la sección sexta y la agilización de su tramitación, el fortalecimiento de la posición de los acreedores —quienes, cumpliendo con determinados requisitos, podrán ejercer de forma autónoma la pretensión de calificación—, la eliminación del trámite de dictamen del Ministerio Fiscal, la regulación de la transacción o un mayor desarrollo del régimen de reapertura por incumplimiento de convenio.

PALABRAS CLAVE:

CALIFICACIÓN, SECCIÓN SEXTA, INFORME DE CALIFICACIÓN, ACREEDORES CUALIFICADOS, INCUMPLIMIENTO DE CONVENIO.

Amendments to insolvency classification

The Insolvency Law Reform has significantly insolvency classification. Among other amendments, the sixth phase has been brought forward and expedited, the position of creditors has been reinforced – they are entitled to enforce a separate classification claim subject to certain requirements –, the public prosecutor’s report is no longer necessary, transactions have been regulated and the sixth phase has been regulated further to address breaches of the composition agreement.

KEYWORDS:

CLASSIFICATION, SIXTH PHASE, CLASSIFICATION REPORT, QUALIFIED CREDITORS, BREACH OF COMPOSITION AGREEMENT.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-10-2022

Tagliavini Sansa, Raimon; García Martín, David (2022). Novedades en materia de calificación concursal. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 203-212 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La reforma concursal también trae consigo modificaciones relevantes y de calado en materia de calificación.

El sistema de calificación del concurso de acreedores —que se resuelve en la denominada sección sexta— constituye una singularidad de nuestro ordenamiento jurídico. Como se reconoce en la exposición de motivos de la Ley de Reforma del TRLC, los ordenamientos de nuestro entorno cuentan, en su lugar, con un desarrollado derecho penal de la insolvencia.

La experiencia concursal acumulada desde la entrada en vigor de la Ley Concursal ha puesto de manifiesto que la sección de calificación ha padecido algunas deficiencias e importantes defectos operativos. En este contexto, el legislador nacional ha optado por aprovechar la transposición de la Directiva de Reestructuraciones para incorporar en esta materia importantes —e incluso estructurales— modificaciones.

Como se examinará, destacan, entre otras, el adelanto en la formación de la sección sexta y la agilización de su tramitación, el fortalecimiento de la posición de los acreedores —quienes, cumpliendo con determinados requisitos, podrán ejercer de forma autónoma la pretensión de calificación—, la eliminación del trámite de dictamen del Ministerio Fiscal, la regulación de la transacción o un mayor desarrollo del régimen de reapertura por incumplimiento de convenio.

Con arreglo a la disposición transitoria 1.3.7 de la Ley de Reforma del TRLC, estas modificaciones del régimen de calificación del concurso serán de aplicación, además de a aquellos concursos voluntarios o necesarios que sean declarados a partir de la entrada en vigor de la reforma, también a los que lo hubieran sido con anterioridad si *“la sección sexta hubiera sido abierta o reabierta después de su entrada en vigor”*¹.

Se deja apuntado, en todo caso, que la reforma no altera los presupuestos de culpabilidad ni tampoco el sistema de presunciones, más allá de los ajustes específicos que serán descritos en materia de calificación derivada del incumplimiento del convenio.

¹ En la medida en que dicha regla de aplicación transitoria se refiere al tiempo de la apertura o reapertura de la sección de calificación, podrían plantearse dudas interpretativas sobre su extensión a la posibilidad, introducida por la reforma, de que acreedores y personados efectúen alegaciones sobre la culpabilidad del concurso durante el plazo para la comunicación de créditos (ver apartado 2.2.), actuación que, procedimentalmente, deberá ocurrir antes de la apertura de la sección sexta.

2. Desarrollo de las modificaciones en materia de calificación

2.1. La formación de la sección de calificación

Las primeras —y, desde luego, relevantes— novedades que conviene abordar en materia de calificación guardan relación directa con la formación de la sección sexta. De conformidad con el artículo 446 TRLC (en su versión reformada), se anticipa significativamente el momento de formación de la sección de calificación. Concretamente, el juez deberá ordenar su formación en el mismo auto² por el que se ponga fin a la fase común. Esta modificación contrasta con el régimen previo a la reforma, con arreglo al cual la apertura de la sección de calificación no se producía hasta la aprobación judicial de un convenio con los acreedores —de los denominados “gravosos” o “no benignos”— o al tiempo de ordenarse la liquidación.

A su vez, y relacionado con lo anterior, la sección de calificación en el concurso de acreedores pasa a ser de formación necesaria³. De esta forma, se abandona el anterior régimen de formación eventual, que permitía evitar la sección de calificación cuando se aprobara judicialmente un convenio con los acreedores que estableciera una quinta inferior a un tercio o una espera inferior a tres años, para todos los créditos o para los de una o varias clases o subclases de las establecidas por la ley (anterior artículo 446.2 TRLC y, previamente, el artículo 167 LC). En la práctica concursal, la interpretación literal de la disyuntiva empleada por el legislador en la redacción de dicho precepto —quita inferior a un tercio “o” espera inferior a tres años— facilitaba eludir la sección de calificación⁴.

La implementación de estas modificaciones —anticipación y formación, en todo caso, de la sección de calificación—, junto con la valiosa experiencia que se acumule en los sucesivos meses, permitirán analizar, por ejemplo, si —como algunos propugnan— la formación necesaria de la sección sexta puede desincentivar la negociación por parte de los deudores de convenios menos gravosos con los acreedores, o si —en el plano preconcursal— puede suponer un incentivo adicional a la conclusión de planes de reestructuración para evitar el concurso y la sección de calificación.

2.2. Las alegaciones de los acreedores sobre la calificación del concurso

Como se ha anticipado, la reforma concursal dota de mayor protagonismo y fortalece la posición de los acreedores en materia de calificación. La primera manifestación de ello, y que resulta más

2 Si bien el artículo 446 TRLC reformado indica que la formación de la sección sexta se ordenará en el auto que el juez dicte para poner fin a la fase común, el artículo 296 bis TRLC, también en su versión reformada, señala que será el letrado de la Administración de Justicia quien, mediante decreto, pondrá fin a la fase común.

3 Tal y como se explica en la Sección n.º 11 de este monográfico, el procedimiento especial previsto para microempresas presenta reglas particulares, una de las cuales es que la sección de calificación se abrirá en el caso de liquidación, pero no así en el supuesto de cumplimiento de un plan especial de continuación.

4 El Tribunal Supremo, en su Sentencia n.º 61/2019, de 31 de enero, ofreció una interpretación literal de dicha regla legal, que, con posterioridad, precisó en su Sentencia n.º 456/2020, de 24 de julio.

temprana en el orden de actuaciones del concurso, es la novedosa posibilidad de que, durante el plazo para la comunicación de créditos, cualquier acreedor o incluso personado en el concurso, mediante correo electrónico remitido a la administración concursal, pueda realizar aquellas alegaciones que considere relevantes para fundar la calificación del concurso como culpable, acompañando los documentos que considere oportunos (artículo 447 TRLC reformado).

Por tanto, los acreedores —y demás personados— podrán desempeñar un rol más activo en cuanto a la calificación desde una fase muy temprana del concurso, en un momento en el que la experiencia demuestra que su relación con el concursado se puede encontrar fuertemente tensionada.

De esta forma, la administración concursal podrá tomar en consideración sus alegaciones desde un buen principio y, particularmente, para la elaboración del informe de calificación, cuya presentación —como diremos a continuación— también se adelanta notablemente con la reforma.

En este sentido, los acreedores, por los antecedentes de la relación que hayan mantenido con el concursado, pueden contar con información útil y relevante para la administración concursal, que no se encuentre recogida en el propio expediente documental de la declaración de concurso.

2.3. El informe de calificación de la administración concursal

La reforma concursal, además de adelantar la formación de la sección de calificación, trata de acelerar su tramitación. Así se desprende de, entre otros, el artículo 448 TRLC (en su versión reformada), que dispone que la administración concursal deberá presentar un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, junto con su propuesta de resolución, dentro de los quince días siguientes a la presentación del inventario y de la lista de acreedores provisionales.

Conforme al tenor literal de los preceptos reformados, dicho plazo parecería coincidente con el previsto para la propia formación de la sección de calificación, ya que su apertura debe ordenarse junto con la resolución que ponga fin a la fase común del concurso (artículo 446 TRLC reformado), lo que debe acordarse también dentro de los quince días siguientes a la presentación del informe de la administración concursal, con sus documentos anejos (artículo 296 bis TRLC reformado).

Este adelanto tan relevante del plazo para que la administración concursal presente su informe de calificación probablemente sea lo que justifique, cuando menos en parte, que el artículo 448.5 TRLC (en su versión reformada) contemple la posibilidad de que pueda presentarse una ampliación posterior del informe si la administración concursal, tras presentarlo, tuviera conocimiento de algún hecho relevante para la calificación. Este inciso relativo a la toma de conocimiento abre la puerta, por tanto, a que la ampliación del informe pueda versar incluso sobre hechos acaecidos con anterioridad que le hubieran resultado desconocidos a la administración concursal.

Deberá analizarse si la combinación de que, por un lado, la administración concursal deba presentar su informe de calificación en una fase muy temprana del concurso y, por otro, disponga de la facultad legal de poder ampliarlo con posterioridad, puede desembocar en que la presentación

de ampliaciones de los informes de calificación pase a constituir una práctica frecuente, con la tensión que ello podría generar en términos de seguridad jurídica.

En cuanto a la forma y contenido del informe de calificación de la administración concursal, no se introducen con la reforma cambios significativos. El informe deberá adoptar la estructura y forma de demanda cuando la administración concursal solicite la calificación del concurso como culpable, y deberá expresar la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación o ser consideradas cómplices, así como la determinación de los daños y perjuicios, entre otros aspectos.

A modo de novedad, sí se prevé que el informe de calificación de la administración concursal deberá llevar como anejo aquellas alegaciones que, durante el plazo de comunicación de créditos, los acreedores y demás personados hubieran formulado para la calificación del concurso como culpable (artículo 448.1 TRLC reformado). Se añade, además, que la administración concursal deberá remitir el informe de calificación a quienes hubieran formulado dichas alegaciones el mismo día en que sea presentado (artículo 448.4 TRLC reformado).

2.4. La supresión del dictamen del Ministerio Fiscal

La reforma opta por suprimir el trámite de dictamen del Ministerio Fiscal⁵, que en la práctica concursal se limitaba con frecuencia a una intervención meramente nominal de ratificación del parecer de la administración concursal.

Con la introducción del nuevo artículo 450 bis TRLC, la participación del Ministerio Fiscal se acota exclusivamente a aquellos supuestos en los que en algún informe de calificación, ya sea de la administración concursal o —como explicaremos en el siguiente apartado— de los acreedores, se ponga de manifiesto la posible existencia de hechos constitutivos de delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada.

En esos supuestos, en la misma resolución en que se acuerde emplazar a las personas que pudieran quedar afectadas por la calificación o declaradas cómplices, el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal dichas circunstancias por si hubiera lugar a la acción penal.

Según explica el legislador en la exposición de motivos de la Ley de Reforma del TRLC, la supresión del trámite de dictamen del Ministerio Fiscal se “compensa” con el reconocimiento de legitimación a determinados acreedores para que puedan presentar informe de calificación, en los términos que se indicarán en el siguiente apartado.

2.5. El informe de calificación de los acreedores cualificados

La reforma concursal introduce una modificación de calado en nuestro sistema de calificación concursal, al conceder legitimación a determinados acreedores (a los que nos referiremos como “acreedores cualificados”) para que puedan presentar un informe razonado y documentado sobre

⁵ En consonancia, se excluye también la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda solicitar la apertura de la sección autónoma de calificación en el supuesto especial previsto en el artículo 463 TRLC, en su versión reformada.

los hechos relevantes para la calificación del concurso como culpable, con propuesta de resolución (artículo 449 TRLC reformado).

Con esta novedad legislativa se modifica, de forma muy relevante, el rol de los acreedores en la sección sexta. Debe tenerse en cuenta que, con anterioridad a la reforma, los acreedores —así como aquellos terceros que acreditarán tener interés legítimo para personarse en la sección— únicamente podían intervenir como coadyuvantes, esto es, con limitadas facultades procesales y sin poder ejercer la pretensión de calificación, que residía exclusivamente en la administración concursal y el Ministerio Fiscal.

Con la reforma, y en clara contraposición, se dota a determinados acreedores con una legitimación autónoma y plena para ejercer la pretensión de calificación. Concretamente, dicha legitimación se circunscribe a aquellos acreedores que, habiendo formulado alegaciones para la calificación del concurso como culpable durante el plazo de comunicación de créditos, representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo o sean titulares de créditos por importe superior a un millón de euros, según la lista provisional presentada por la administración concursal⁶. Si bien el precepto que lo regula (el artículo 449 TRLC reformado) no especifica si cabe que los acreedores pueden agruparse para alcanzar los referidos umbrales cuantitativos, no parece que debiera plantearse objeción a esa posibilidad.

Aquellos acreedores que cumplan con dicha exigencia legitimadora podrán presentar su informe de calificación dentro de los diez días siguientes al de la remisión del informe de calificación de la administración concursal. En la medida en que el plazo de los acreedores es sucesivo y posterior⁷, podrán conocer de antemano cuál es el posicionamiento de la administración concursal.

2.6. La tramitación de la sección sexta y el protagonismo de los acreedores

El otorgamiento de legitimación a los acreedores cualificados para presentar informe de calificación supone un cambio trascendental para la sección de calificación y, particularmente, para su tramitación.

Como se ha adelantado, con anterioridad a la reforma concursal, si bien los acreedores podían personarse en la sección de calificación y efectuar alegaciones, se encontraban a merced de la propuesta de calificación de la administración concursal y del Ministerio Fiscal. Si ninguno de ellos calificaba el concurso como culpable, procedía el archivo de las actuaciones, a pesar de las alegaciones que los acreedores hubieran podido formular (anterior artículo 450 TRLC).

Con la reforma, si en alguno de los informes de calificación —con independencia de que sea de la administración concursal o de los acreedores— se solicita la calificación del concurso como culpable, el juez deberá dictar resolución en la que ordene el emplazamiento al concursado, así como a quienes pudieran resultar afectados por la calificación del concurso o declarados cómplices, para

6 Como se explica en la Sección n.º 11 de este monográfico, en la calificación asociada al procedimiento especial previsto para microempresas, la exigencia legitimadora de los acreedores no es coincidente a la general.

7 En el Anteproyecto de Ley de reforma del TRLC se planteaba que el plazo para la administración concursal y los acreedores fuera simultáneo.

que comparezcan en la sección sexta, aleguen cuanto convenga a su derecho y se señale vista dentro de los dos meses siguientes a dicha resolución.

En otras palabras, incluso si la administración concursal considerara fortuito el concurso, los acreedores cualificados se encontrarían legitimados para, por sí solos, promover y defender la calificación del concurso como culpable.

En el supuesto de que ni la administración concursal ni los acreedores legitimados presenten informe para solicitar la calificación del concurso como culpable, el juez deberá dictar auto de archivo de las actuaciones, frente al que no cabrá recurso alguno (artículo 450.6 TRLC reformado).

2.7. La participación del coadyuvante en la sección de calificación

La intervención que los acreedores pueden tener en la sección de calificación no se limita únicamente a que puedan presentar informe de calificación quienes cumplan con la exigencia legitimadora.

El artículo 450 Ter TRLC (reformado) establece que, si la administración concursal solicitara la calificación del concurso como culpable, cualquier acreedor —sin tener que cumplir, por tanto, con ningún requisito de cuantía de los créditos— o persona que acredite interés legítimo podría personarse en la sección sexta para defender dicha calificación. Esta participación se corresponde con la figura ya conocida y pre-existente del coadyuvante. No se precisa, sin embargo, cuál sería el plazo para la presentación de dichas alegaciones.

2.8. La supresión de la vista cuando únicamente se propone prueba documental

Con la reforma se introduce la posibilidad de que el juez pueda dejar sin efecto el señalamiento para la celebración de la vista cuando la prueba propuesta fuera únicamente documental, tanto en los informes en los que se hubiera solicitado la calificación del concurso como culpable como en las alegaciones presentadas por el deudor, las personas que pudieran ser afectadas por la calificación y los cómplices (artículo 450.4 TRLC reformado).

2.9. La transacción en la calificación

Con anterioridad a la reforma concursal, los tribunales habían venido admitiendo la posibilidad de que se alcanzaran acuerdos transaccionales sobre la calificación. Sin embargo, el hecho de que dicha práctica careciera de soporte y regulación en las normas concursales provocaba una falta de uniformidad en su tramitación y en la delimitación de su objeto.

Ahora, con el nuevo artículo 451 bis TRLC, se incorpora y regula de forma expresa la posibilidad de que la administración concursal, los acreedores que hubieran presentado informe de calificación y las personas que pudieran quedar afectadas por la calificación o ser declaradas cómplices alcancen un acuerdo transaccional sobre el contenido económico de la calificación.

Es de prever que el uso del concepto “*contenido económico de la calificación*” para delimitar el objeto de la transacción suscitará dudas de interpretación. Deberá dilucidarse si excluye o no acordar, por ejemplo, una modificación del grado de imputación, para que la persona que pudiera ser considerada afectada por la calificación pase a ser declarada cómplice, con las relevantes consecuencias que ello podría tener.

Igualmente, desde una perspectiva temporal, la mención que el referido precepto efectúa al informe de calificación de los acreedores plantea la cuestión —no abordada explícitamente por la norma— de si cabría alcanzar una transacción con anterioridad a la emisión de los informes de calificación.

En cuanto a la eficacia de la transacción, el artículo 451.2 bis TRLC dispone que quedará condicionada a la aprobación por parte del juez del concurso, previo traslado de la solicitud de aprobación a los personados en la sección de calificación para que, en su caso, puedan formular alegaciones dentro de un plazo de diez días.

En lo que se refiere al régimen de impugnación, el artículo 451.3 bis TRLC determina que el auto por el que se apruebe la transacción podrá ser recurrido en apelación por aquellos personados en la sección que previamente hubieran formulado alegaciones en contra de su aprobación. No cabrá, no obstante, recurso contra el auto por el que se deniegue la aprobación de la transacción.

2.10. Especialidades de la formación de la sección de calificación por incumplimiento de convenio

La reforma concursal también introduce novedades en materia de reapertura de la sección de calificación por incumplimiento del convenio.

En primer lugar, incorpora el nuevo artículo 445 bis TRLC, que tiene por objeto regular el incumplimiento culpable del convenio y presenta una estructura similar a la del régimen general de calificación. Incluye una cláusula general, que dispone que se calificará como culpable el incumplimiento del convenio cuando hubiera mediado dolo o culpa grave, y la complementa con un sistema doble de presunciones. A su vez, de la redacción del precepto se desprende que el período temporal relevante se corresponde con el del cumplimiento del convenio.

En cuanto al listado de presunciones que no admiten prueba en contrario (*iuris et de iure*), cabe mencionar que, si bien se incorpora la salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio del deudor durante el periodo de cumplimiento del convenio (artículo 445 bis 2.1.º TRLC), no se introduce, en cambio, el supuesto de alzamiento de bienes (en contraposición con lo que ocurre en el listado general del artículo 443 TRLC, donde se enumeran ambos supuestos).

En relación con las presunciones que admiten prueba en contrario (*iuris tantum*), puede destacarse como novedad la introducción del supuesto de que el deudor no haya reclamado el cumplimiento de las obligaciones exigibles durante el cumplimiento del convenio (artículo 445 bis 3.1.º TRLC).

También se prevé en dicho catálogo de presunciones el incumplimiento por el deudor del deber de solicitar la liquidación de la masa activa (artículo 445 bis 3.2.º TRLC), que le resulta exigible desde que conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos en el convenio de acreedores y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación (artículo 407 TRLC).

Adicionalmente, el artículo 445 bis 3.3.º TRLC incluye una tercera presunción *iuris tantum* de culpabilidad, consistente en el incumplimiento de las obligaciones contables “*en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a aquel en que hubiera incumplido el convenio*”. Pese a que la norma no lo precisa, si la concreción del período temporal relevante para la reapertura de la sección de calificación debe ser el del cumplimiento del convenio, podría plantearse la duda de si esa mención a los tres últimos ejercicios debe entenderse a aquellos que hubieran sido cerrados con posterioridad a la aprobación del convenio incumplido⁸.

Desde una perspectiva procedimental, el artículo 452 TRLC (en su versión reformada) dispone que el plazo para presentar los informes de calificación se iniciará el día siguiente a aquel en que la apertura de la liquidación fuera notificada a la administración concursal y a los acreedores personados en el concurso. Dichos informes, según establece el artículo 454 TRLC (en su versión reformada), deberán limitarse en su contenido a determinar si ha concurrido dolo o culpa grave en el incumplimiento del convenio.

Por otra parte, el artículo 453 TRLC (en su versión reformada) reconoce la posibilidad de que, si en alguno de los informes de calificación se solicitara la calificación culpable, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo pueda personarse en la sección sexta o en la pieza separada⁹, para defender dicha calificación, siempre que lo efectúe de forma previa a la celebración de la vista.

En ese punto parecería que la presentación de un informe de calificación sobre el incumplimiento del convenio por parte de un acreedor cualificado podría abrir la puerta a la intervención de coadyuvantes, en contraposición a lo que se dispone en el régimen general de la sección de calificación, conforme al cual únicamente la administración concursal, con su informe de calificación culpable, daría pie a la participación de coadyuvantes.

2.11. Modificaciones del contenido de la sentencia de calificación

La reforma concursal también introduce modificaciones que afectan al contenido de la sentencia de calificación, regulado en el artículo 455 TRLC. Entre ellas, destaca la incorporación de un apartado 3.º que introduce dos reglas especiales en materia de costas.

⁸ En este sentido, si el concursado hubiera incumplido con sus obligaciones contables en los ejercicios precedentes a la declaración de concurso de acreedores, es de suponer que dicho incumplimiento ya debería haber sido debidamente valorado en la sección de calificación, esto es, con anterioridad a su reapertura por el incumplimiento del convenio de acreedores.

⁹ Con arreglo al artículo 452 TRLC, si al tiempo de acordarse la apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio todavía continuara en tramitación la sección sexta, debería ordenarse la formación de una pieza separada dentro de dicha sección para tramitar de forma autónoma la calificación del incumplimiento del convenio.

De conformidad con la primera regla (artículo 455.3.1º TRLC), cuando la sentencia desestime la solicitud formulada por la administración concursal de calificación del concurso como culpable, esta no podrá ser condenada al pago de las costas, salvo que concurra temeridad. No se dice, en cambio, cuál debería ser la repercusión para los acreedores que también hubieran solicitado la calificación culpable, lo que cabe entender como una remisión al régimen general de imposición de costas de la LEC. De ser así, aquellos acreedores que pretendan presentar un informe de calificación propio deberán valorar el correspondiente riesgo de imposición de costas.

En cuanto a la segunda regla en materia de costas (artículo 455.3.2º TRLC), se establece que si la sentencia fuera estimatoria de la solicitud de calificación del concurso como culpable, los afectados por la calificación o declarados cómplices no deberán ser condenados al pago de las costas en que hubieran incurrido "*los legitimados personados en la Sección sexta para defender la calificación del concurso como culpable*" —inciso que, por sus términos, parecería referirse a los coadyuvantes—. Ello supone, *a sensu contrario*, que sí debería producirse la condena al pago de las costas de aquellos acreedores cualificados que hubieran ejercido la pretensión de calificación culpable.

En otro orden de cosas, con la reforma concursal también se añade un inciso en el artículo 455.2.5º TRLC, por el que se especifica que la condena al pago de los daños y perjuicios a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices, puede ser "*con o sin solidaridad*". También se pueden encontrar otras modificaciones en la adición de que la inhabilitación regulada en el artículo 455.2.2º TRLC deberá ser notificada a los correspondientes registros, o en la previsión de que la sentencia que declare el incumplimiento del convenio como fortuito o como culpable deberá contener los pronunciamientos enumerados en los apartados 1º y 2º del artículo 455 del TRLC.

2.12. Extensión de la regla de no vinculación a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa

Por último, la reforma concursal modifica el artículo 462 TRLC para extender la regla de no vinculación de la calificación, además de a los jueces de lo penal, también a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa que conozcan de actuaciones sobre responsabilidad en el ámbito administrativo de terceras personas relacionadas con el concursado.

Artículos

EL NUEVO PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA MICROEMPRESAS

Francisco José Caamaño Rodríguez

Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)

El nuevo procedimiento especial para microempresas

Las herramientas y procedimientos concursales existentes en la ley concursal con carácter previo a la reforma se habían probado manifiestamente insuficientes e ineficaces para un tipo de deudores, los llamados microempresarios, que constituyen la mayoría del tejido empresarial español. Para superar esta situación, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, introduce ex novo un procedimiento especial, de carácter obligatorio y exclusivo para estos deudores, que regula de forma omnicomprendensiva todos los posibles escenarios y soluciones aplicables a los mismos. En este artículo analizamos los principales aspectos de este nuevo régimen especial así como algunas de las dudas e incertidumbre que, sobre el papel, puede plantear su aplicación práctica.

PALABRAS CLAVE:

INSOLVENCIA, MICROEMPRESAS, PROCEDIMIENTO ESPECIAL, PREINSOLVENCIA, PLANES DE CONTINUACIÓN, LIQUIDACIÓN.

New special procedure for micro-enterprises

The insolvency tools and procedures available under the Spanish Insolvency Law before the reform had proven to be insufficient and ineffective for a certain type of debtors, micro-enterprises, which comprise the majority of Spanish enterprises. To overcome this situation, Law 16/2022 has established a new special procedure, which is compulsory and exclusive for these debtors, that regulates all possible scenarios and solutions applicable to them. In this article we analyse the main aspects of this new procedure and address some of the doubts and uncertainties that its practical application.

KEYWORDS:

INSOLVENCY, MICRO-ENTERPRISES, SPECIAL PROCEDURE, PRE-INSOLVENCY, CONTINUATION PLANS, LIQUIDATION.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-10-2022

Caamaño Rodríguez, Francisco José (2022). El nuevo procedimiento especial para microempresas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 213-228 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción: la necesidad de ofrecer una regulación adecuada a las particularidades de la mayor parte del tejido empresarial español

A buen seguro, quien más o quien menos habrá leído o escuchado en alguna ocasión aquello de que “España es un país de pymes”. La afirmación, que no ha perdido un ápice de vigencia, bien podría actualizarse a la más reciente acuñada (y restringida) categoría de las microempresas (o *micropymes*). No en vano, tal y como reflejan los datos oficiales, a cierre del año 2020, casi un 96 % de las empresas españolas quedaban integradas (por número de empleados) en esta categoría, ratio que, a finales de septiembre de 2022, seguía manteniéndose por encima del 93 % total¹.

La preponderancia de las microempresas en el tejido empresarial español ha tenido su reflejo directo en los procedimientos de insolvencia. Los datos recopilados desde la entrada en vigor de la Ley Concursal² han mostrado de forma sistemática que la mayor parte de los procedimientos concursales iniciados en nuestro ordenamiento se concentra en este tipo de deudores. Y no solo eso; han evidenciado que es precisamente en estos casos en los que los efectos negativos del concurso (esto es, la existencia de largos tiempos de tramitación y rigidez procedimental, los elevados costes asociados, la destrucción de valor, etc.) tienen un mayor impacto.

Tanto era esto así que los pequeños empresarios terminaban por ver en el concurso de acreedores no un aliado, sino un verdugo; no una solución para subvenir la situación de insolvencia, sino el camino a su patíbulo particular. Y, en lógica consecuencia, retrasaban el desenlace todo lo posible, lo que, en clara profecía autocumplida, terminó por provocar que, en la inmensa mayoría de los casos, cuando finalmente se abría la vía concursal, la única solución posible fuera la liquidación (si es que existía todavía algún valor que recuperar).

Con estos antecedentes, la transposición de la directiva sobre reestructuración e insolvencia³ (que, además, expresamente incentiva a los Estados miembros a buscar mecanismos adecuados a la particular realidad de estos empresarios de menor tamaño) constituía la ocasión propicia para buscar una nueva receta que permitiera revertir la situación, recuperar la confianza de estos deudores en el sistema e instaurar herramientas eficaces y ajustadas a sus concretas circunstancias.

El resultado es el procedimiento especial para microempresas previsto en el nuevo libro tercero del texto refundido de la Ley Concursal —el “TRLR” — (arts. 685 a 720), que entrará en vigor el

1 Informe sobre Estructura y Dinámica Empresarial en España Datos del Directorio Central de Empresas (DIRCE) elaborado por el Instituto Nacional de Estadística (<http://www.ipyme.org/Publicaciones/Estructura-Dinamica-Empresarial-2021.pdf>) [Fecha de consulta: 27 de octubre de 2022] y estadísticas publicadas a cierre de septiembre de 2022 por la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa (IPYME) <http://www.ipyme.org/es-ES/ApWeb/EstadisticasPYME/Documents/CifrasPYME-septiembre2022.pdf> [Fecha de consulta: 27 de octubre de 2022].

2 Hacemos referencia aquí, por ejemplo, a los informes anuales de estadística concursal que, desde el año 2006, ha venido elaborando el Colegio de Registradores de España <https://www.registradores.org/actualidad/portal-estadistico-registral/estadisticas-concursales> [Fecha de consulta: 27 de octubre de 2022].

3 Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132.

próximo 1 de enero de 2023⁴ y que resultará de aplicación obligatoria a todas las personas físicas o jurídicas que desarrollen una actividad empresarial o profesional que, en el año anterior a su inicio (de forma individual o, en caso de pertenecer a un grupo de sociedades, consolidada) hubieran tenido una plantilla equivalente a menos de 10 trabajadores a tiempo completo y hubieran tenido un volumen de negocio anual inferior a 750.000 euros o un pasivo inferior a 350.000 euros⁵.

Este nuevo procedimiento (denominado especial, por ser regulado en contraposición a los procedimientos “generales” que se contienen en los libros I y II del TRLC, pero que, por las razones apuntadas, está llamado a ser el que de modo ordinario ocupe un mayor número de casos) aborda de forma omnicompreensiva todos y cada uno de los escenarios y soluciones que podrían tener lugar. Por tanto, el nuevo libro tercero del TRLC regula tanto el régimen aplicable al “preconcurso” de las micropymes, como el régimen aplicable a su “concurso”, que se configura como un procedimiento diferente y único, con tres posibles salidas: (i) la obtención de un plan de continuación (que permitirá la subsistencia de la empresa bajo la misma propiedad y que se inspira más en los planes de reestructuración del libro II del TRLC y los extintos acuerdos extrajudiciales de pagos que en el convenio del libro I TRLC, que ya no existirá en estos casos); (ii) una liquidación que permita una relativa continuidad en el mercado, a través de la venta de las unidades productivas en funcionamiento; y (iii) en último término, una liquidación clásica, basada en la enajenación singular de los activos.

Sobre el papel, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, introduce una propuesta ambiciosa que pretende atacar la línea de flotación de los defectos detectados en el pasado (esto es, la mayor rigidez y complejidad procedimental, elevada duración y costes asociados al concurso).

Así, se aboga por un procedimiento más rápido, sencillo y económico, vehiculado a través de formularios estandarizados; en el que se potencia el uso de las nuevas tecnologías (con audiencias orales que se celebrarán por medios telemáticos y que podrán culminar con resoluciones dictadas en el acto); en el que se limita la participación de profesionales a aquellos casos en los que juegan un papel esencial, o en los que su coste es asumido voluntariamente por las partes; en el que se reduce la intervención judicial (tanto a través de limitar el volumen de resoluciones recurribles como de otorgar un mayor peso y relevancia en la tramitación y ordenación del proceso al propio deudor); en el que se acortan los tiempos de tramitación y se favorece la simultaneidad de actuaciones; y en el que, de forma general, se confiere una mayor flexibilidad y autonomía a deudor y acreedores. De hecho, estos podrán decidir, por ejemplo, si desean que la apertura del procedimiento especial conlleve la producción de una serie de medidas y efectos (denominados

4 A excepción de la referencia contenida en el artículo 689.2 TRLC a la aplicación supletoria de las reglas de la administración concursal previstas en el libro primero del TRLC, que entrará en vigor una vez que se apruebe el reglamento de la administración concursal.

5 Conviene destacar que el concepto de “microempresa” no siempre ha sido coincidente a nivel comunitario. La Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresa, y el Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado, categorizaban como microempresa a la “*empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros*”. Por su parte, la Directiva 2013/34/UE del parlamento europeo y del consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, definía como microempresas a aquellas “*empresas que, en la fecha de cierre del balance, no rebasen los límites numéricos de por lo menos dos de los tres criterios siguientes: a) total del balance: 350.000 EUR; b) volumen de negocios neto: 700.000 EUR; c) número medio de empleados durante el ejercicio: 10*”. Estas diferentes aproximaciones han tenido su relevancia en la gestación de la normativa concursal, pues, si bien inicialmente se optó por utilizar la definición de la Recomendación, finalmente, durante la tramitación parlamentaria, se decidió acoger el más restringido criterio de la Directiva 2013/34/UE.

módulos en el texto de la ley) que, en otro caso, serían automáticos en un procedimiento concursal ordinario.

No obstante, lo cierto es que en el momento en que se escriben estas líneas se trata de un proyecto todavía inacabado (pendiente del contenido, características y requisitos de todos los formularios a través de los que deberá llevarse a cabo su tramitación) y que, además, a la vista de los términos mantenidos en determinadas cuestiones, no deja de generar ciertas incertidumbres sobre cuál será su virtualidad práctica real.

Obviamente, un análisis detallado de todas las novedades sustantivas y procedimentales que una reforma de este calado implica excedería con creces el limitado alcance de este artículo. Por ello, con el objetivo de que el lector pueda tener una primera aproximación a esta nueva regulación y los problemas prácticos que se atisban, a lo largo de las siguientes páginas centraremos nuestra atención en las cuestiones de mayor calado, siguiendo su esquema vertebrador.

2. El “preconcurso” de las microempresas

El procedimiento especial (art. 690 TRLC) prevé que las microempresas en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual puedan comunicar al juzgado mercantil la apertura de negociaciones con sus acreedores, con la finalidad de acordar un plan de continuación o una liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento.

En términos generales, el preconcurso de las micropymes queda sujeto al régimen general previsto en el libro II del TRLC. Ahora bien, no existe en estos casos posibilidad de prórroga adicional de sus efectos. Expirados los tres meses iniciales de duración, el deudor en situación de insolvencia actual queda obligado a solicitar el inicio del procedimiento especial de forma inmediata, en un plazo máximo de cinco días hábiles.

Ciertamente, la ley podría haber mantenido la posibilidad de prórroga de los efectos de la comunicación en la medida en que una mayoría cualificada de los sujetos implicados (deudor y acreedores) estuvieran de acuerdo. Sin embargo, se ha optado por un criterio más restrictivo que parece inspirarse en la idea de que, en estos casos, debe priorizarse el evitar un mayor riesgo de deterioro y pérdida de valor de los activos, y asumirse que, si no ha sido posible obtener esa solución negociada en tres meses, quizás sea porque la mejor alternativa es la liquidación directa y singular de los activos. Nótese que, en el esquema de la ley, en ese plazo de tres meses adicionales, el proceso de liquidación debería estar prácticamente culminado (art. 708.4 TRLC) y que, si en realidad no hubiera una situación de insolvencia actual, sino meramente potencial o inminente, las partes seguirían gozando de tiempo para negociar, pues no habrá obligación de iniciar de forma inmediata el procedimiento especial.

Por otro lado, es importante señalar que, pese a los intentos llevados a cabo durante la tramitación parlamentaria (que incluso motivaron una de las enmiendas aprobadas por el Senado), la redacción definitiva de la norma (art. 690.4 TRLC) mantiene que la suspensión de ejecuciones inherente al “preconcurso” en ningún caso podrá afectar a los acreedores públicos. Una previsión,

esta, que, sin entrar a valorar si supone o no un privilegio injustificado a los créditos de naturaleza pública, en nuestra opinión, puede llegar a poner en entredicho la efectividad real de este mecanismo en una categoría de deudores (las micropymes) en la que el peso de este tipo de créditos públicos en el mapa de deuda ha sido, por lo general, de mayor relevancia.

3. El inicio del procedimiento especial: plazos y cuestiones de intendencia práctica

La ley prevé que el procedimiento especial pueda iniciarse a petición del deudor, de un acreedor o de un accionista personalmente responsable de las deudas sociales.

Si quien solicita la apertura del procedimiento es el deudor, esta posibilidad queda abierta tanto en los supuestos de insolvencia inminente o actual como en los supuestos en que simplemente existe una probabilidad de insolvencia, hecho que se justifica fácilmente si se atiende a que, conceptualmente, los planes de continuación se asemejan, en mayor medida, a los planes de reestructuración que resultan de aplicación a los deudores de mayor tamaño, y la experiencia demuestra que las probabilidades de éxito de este tipo de soluciones es mayor cuanto más tempranamente se adoptan.

Por el contrario, si la petición es realizada por cualquiera de los restantes legitimados, se exige que exista un estado de insolvencia actual.

La ley mantiene, con carácter general (art. 686.2 TRLC), la regla de que el deudor tiene el deber legal de solicitar la apertura del procedimiento especial en el plazo de dos meses desde la fecha en que conoció o debió conocer que se encontraba en estado de insolvencia actual.

Sin embargo, a efectos prácticos, este plazo queda reducido a la mitad cuando el hecho revelador de la insolvencia es el previsto en el artículo 2.4.5.º TRLC (esto es, *"el sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades"*).

En estos casos, el deudor queda obligado a solicitar la apertura del procedimiento especial en el plazo de un mes, si quiere que las quitas y esperas que se puedan pactar en un eventual plan de continuidad puedan afectar también a los créditos tributarios y de seguridad social (art. 691.5 TRLC)⁶, lo que puede verse fácilmente como una medida de sobreprotección de los acreedores públicos. Así, por ejemplo, cabría plantearse cuál sería el motivo que justificaría ese privilegio, si en realidad la circunstancia reveladora de la insolvencia *ex art. 2.4.5.º TRLC* tuviera que ver úni-

6 A ello se podría sumar que, en realidad, para que esta afección pueda tener lugar, el deudor no solo debe solicitar la apertura del procedimiento especial de continuación en el plazo de un mes, sino también notificarlo expresamente a la Tesorería General de la Seguridad Social y la Agencia Estatal de Administración Tributaria en un plazo de setenta y dos horas desde la presentación (art. 691 bis TRLC).

camente con el impago de salarios e indemnizaciones laborales y no la insatisfacción de cuotas tributarias o de seguridad social.

La solicitud de apertura del procedimiento especial debe realizarse mediante formularios electrónicos normalizados cuyo contenido mínimo variará en función de quién sea el instante⁷.

El TRLC sigue manteniendo en el art. 692.2 que, *“en aquellos casos en los que el deudor no disponga de los medios tecnológicos necesarios para acceder a la sede judicial electrónica, las notarías, las oficinas del registro mercantil o las cámaras de comercio que hayan asumido tal función podrán prestar el servicio que resulte necesario, el cual tendrá carácter gratuito, a los efectos de facilitar la presentación electrónica del formulario”*; previsión que ha perdido su sentido original una vez que se ha introducido en la norma la obligación para el deudor de comparecer representado por letrado y procurador (arts. 687.6 y 691.1 TRLC) —sujetos que necesariamente tienen acceso a la sede judicial electrónica— y que, en nuestra opinión, únicamente se mantiene a los efectos de favorecer la posible presentación de la solicitud, por esta vía, por los restantes legitimados (al remitirse a este precepto el posterior art. 691 ter TRLC).

Cuando el solicitante es una persona distinta del deudor, el procedimiento especial otorga al deudor un mayor poder de control y capacidad de decisión inicial. Así, se le concede un trámite de alegaciones en el que no solo podrá aceptar la solicitud u oponerse a la solicitud (alegando, entre otras cosas, la falta de legitimación del solicitante o la inexistencia de una situación real de insolvencia), sino también modificar la vía propuesta para la tramitación del procedimiento. Es decir, que habiéndose solicitado la apertura de un procedimiento de continuación, se abra finalmente un procedimiento de liquidación y, viceversa, que habiéndose solicitado la apertura de un procedimiento de liquidación, se abra un procedimiento de continuación⁸.

Por lo demás, las normas que regulan la apertura del procedimiento especial ponen de relieve, desde un inicio, el mayor protagonismo y responsabilidad que, en este tipo de procedimientos, se concede al deudor.

De un lado, desde un punto de vista material, en todos los casos (ya sea desde un inicio, cuando la solicitud es formulada directamente por el deudor o, en segundo término, cuando la solicitud es formulada por un tercero) el deudor queda obligado a elaborar y aportar, entre otros extremos, tanto el inventario de su masa activa como la lista de acreedores, con identificación y clasificación individualizada de los créditos, asumiendo el riesgo de que el procedimiento sea calificado como culpable, si comete una inexactitud grave al llevar esto a cabo (arts. 688 y 716 TRLC).

7 Conforme al texto de la ley, si la solicitud es presentada por el deudor, el formulario deberá incluir al menos, entre otros, los datos del deudor, una breve memoria explicativa que justifique la solicitud y los motivos de la misma, el tipo de insolvencia que se alega, la vía del procedimiento que se solicita y un desglose detallado de la masa activa y pasiva existente. Por su parte, si la solicitud es presentada por alguno de los restantes legitimados, el formulario contendrá, al menos, la identificación completa del solicitante y del deudor respecto del cual se solicita la apertura del procedimiento especial, una breve exposición de motivos que justifique la solicitud y su fundamentación, la vía del procedimiento que se solicita y, en su caso, las medidas adicionales que se soliciten.

8 No obstante, hay que tener en cuenta que, a pesar de la posibilidad inicial del deudor de modificar el curso del procedimiento especial, la norma prevé que, si finalmente se abre un procedimiento de continuación y el deudor se encuentra en situación de insolvencia actual, determinadas mayorías de acreedores podrán forzar la conversión de dicho procedimiento en uno de liquidación.

De otro, desde un punto de vista más procedimental o de ordenación del proceso, el deudor es quien (desplazando la labor generalmente realizada por el órgano judicial) queda a cargo de llevar a cabo las notificaciones pertinentes a los restantes acreedores.

El procedimiento especial plantea un sistema en el que es el deudor, a través de correo electrónico con copia al letrado de la administración de justicia, quien debe comunicar a todos los acreedores de los que conozca una dirección electrónica, entre otras, las resoluciones de apertura de procedimiento especial (art. 692 bis TRLC), admisión a trámite de una propuesta de plan de continuación (art. 697 bis TRLC), apertura del plan procedimiento especial de liquidación (art. 705 TRLC) y tramitación del plan de liquidación (art. 707 TRLC).

En nuestra opinión, reconociendo el loable objetivo perseguido con este sistema (mayor rapidez, facilidad en el acceso y aparente descarga de trabajo en unos generalmente sobrecargados órganos de justicia), creemos que su puesta en práctica puede plantear problemas e inconsistencias y que habrían existido alternativas intermedias más efectivas, eficientes y garantistas (aunque, probablemente, más costosas de desarrollar).

Como punto de partida, tomando en consideración que las direcciones de correo electrónico son un dato de carácter personal y que la redacción contenida en el artículo 692 bis.2 TRLC hace referencia a "*cada comunicación*", cabría plantearse si, para evitar problemas de otra índole, el deudor quedará obligado a remitir una comunicación individualizada a cada deudor.

De aceptarse esta tesis, resultaría en entredicho la teórica finalidad de reducción de costes y tiempo. La alternativa prevista no solo supondría un mayor coste y tiempo para el deudor y/o su letrado y procurador (quienes tendrían que preparar y realizar el envío de las sucesivas comunicaciones), sino también para el letrado de la administración de justicia (que deberá gestionar y puntear todas estas comunicaciones, derivadas de los múltiples y diferentes procedimientos que pueda estar tramitando al mismo tiempo).

No se nos escapa que, en lo que respecta a la parte del deudor, existen hoy en día soluciones en el mercado que permiten llevar a cabo, de forma automática, esa individualización de las comunicaciones y notificaciones (soluciones que, de hecho, son ya utilizadas por algunos procuradores). Ahora bien, ello seguiría sin solucionar el segundo de los problemas existentes: aligerar la carga de trabajo y favorecer una más fácil tramitación por el órgano de justicia.

Tampoco se nos escapa que, frente a lo anterior, también cabría plantearse, como alternativa, que se remita la comunicación a todos los acreedores como destinatarios en "copia oculta" y como único destinatario visible el letrado de la administración de justicia y que, posteriormente, se le haga llegar a este el archivo digital del correo electrónico enviado (que contendrá todas las direcciones listadas), en correo aparte.

No obstante, en lo verdaderamente relevante, lo cierto es que ninguna de estas opciones seguiría demostrando que el correo remitido haya sido, efectivamente, recibido por el/los acreedor/es.

Quien esté habituado a la remisión de correos electrónicos con archivos adjuntos, habrá experimentado en alguna ocasión cómo un mismo envío es recibido solo por algunos de los destina-

tarios porque los servidores de sus respectivas cuentas de correo tienen una capacidad máxima diferente. Con la literalidad de la norma, todas estas situaciones quedarían extramuros del conocimiento del juzgado.

Por ello, en nuestra opinión, habría sido más eficiente y garantista que el legislador estatal hubiera desarrollado una plataforma electrónica (partiendo de las herramientas ya existentes en el mercado) en la que, manteniendo la responsabilidad del deudor en gestionar los envíos y archivos adjuntos, se pudiera verificar automáticamente por el letrado de la administración de justicia (incluso, a través de reportes generados por la propia aplicación) tanto el correcto envío como la efectiva recepción por los acreedores.

Llegados a este punto, cabe apuntar también que estas remisiones de correos electrónicos (como es evidente) únicamente pueden tener por destinatarios los acreedores cuya dirección electrónica sea conocida. El artículo 692bis.2 TRLC establece que la apertura del procedimiento especial será publicada en el registro público concursal y que, cuando esta apertura hubiera sido declarada a instancia de persona distinta del deudor, esa publicación surtirá los efectos de notificación respecto de los acreedores de cuya dirección electrónica no se tenga constancia. Sin embargo, guarda silencio sobre si esta misma regla debe operar cuando el procedimiento es iniciado por el deudor.

En nuestra opinión, la regla debiera operar igualmente en todos los casos, sin que exista un motivo fundado para diferenciar uno y otro caso. La publicación en el registro público concursal debe servir como elemento de publicidad formal que, en todo caso, evite que un acreedor pueda continuar invocando un desconocimiento de buena fe. A partir de esa publicación, debe ser carga del acreedor comunicar su dirección electrónica y solicitar ser tenido en cuenta para futuras comunicaciones, so pena (de no hacerlo) de asumir las negativas consecuencias que ello pueda acarrear.

4. Los efectos de la apertura del procedimiento especial: variabilidad y carácter “modular”

Una de las principales señas del procedimiento especial para microempresas es su denominado carácter adaptable o modular. La norma prevé que la apertura del procedimiento especial produzca, por defecto, una serie de consecuencias más limitadas y que, si las partes lo consideran necesario (y/o, están dispuestas a asumir el mayor coste que ello pueda suponer) voluntariamente puedan solicitar al órgano judicial la aplicación de medidas y efectos adicionales, llamados “módulos”.

De esta forma, en último término, se concede a las partes implicadas (deudor y acreedores) libertad para tener un procedimiento más aligerado (y, por ende, económico y/o veloz) o más cercano (salvando las distancias) al régimen general previsto en los libros I y II del TRLC, lo que nos parece razonable.

4.1. Efectos de la apertura del procedimiento especial aplicables por defecto

Como punto de partida, teniendo en cuenta la mayor vinculación que suele existir entre gestión y propiedad en este tipo de deudores y el rechazo y desincentivo que sobre ellos podría producir un régimen más intervencionista, la ley prevé que la apertura del procedimiento especial no suponga la supresión de las facultades de administración y disposición del deudor.

En segundo lugar, la ley prevé que la apertura del procedimiento especial conlleve de forma automática, únicamente, una limitada paralización de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes y derechos del deudor. Así, por defecto, esta paralización no afectará a los créditos garantizados, ni tampoco, en los casos en los que se esté tramitando un plan de continuidad, a los créditos que no estén afectados por este plan, ni a los créditos públicos que tengan la calificación de privilegiados o que se correspondan con determinadas cuotas de seguridad social.

En tercer lugar, si el procedimiento especial iniciado fuera de continuación o de liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento, se prevé que se produzca la suspensión de la causa de disolución obligatoria por pérdidas cualificadas. Y, además, se reproducirán los efectos sobre los contratos del deudor que hubieran resultado de aplicación en el contexto de la negociación de un plan de reestructuración del libro III del TRLC (esto es, a grandes rasgos, imposibilidad de resolución o modificación de estos contratos por la apertura del procedimiento especial o circunstancia análoga, mantenimiento de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, etc.).

Finalmente, si el procedimiento especial iniciado fuera el de liquidación, con el objetivo de llevar a cabo una liquidación singular de los activos (esto es, sin previsión de venta de la empresa en funcionamientos), la apertura del procedimiento provocará el vencimiento anticipado de los créditos aplazados y la conversión en dinero de los constituidos por otras obligaciones.

4.2. Medidas adicionales que pueden solicitarse en el procedimiento especial de continuación

Superando el limitado régimen aplicable por defecto, el TRLC prevé que, en los supuestos en que se esté tramitando un procedimiento especial de continuación, deudor y/o acreedores podrán solicitar: (i) la extensión de la suspensión de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales a los bienes y derechos necesarios para la actividad empresarial o profesional, con independencia de que deriven de un crédito con garantía real o de un crédito público (art. 701 TRLC); (ii) la designación de un mediador concursal para que asista en las negociaciones del plan de continuación (art. 702 TRLC), lo que supone una reminiscencia de los antiguos acuerdos extrajudiciales de pagos; (iii) la limitación de las facultades de administración y disposición del deudor si este se encuentra en estado de insolvencia actual (art. 703 TRLC); y (iv) el nombramiento de un experto en la reestructuración con funciones de intervención o sustitución de las facultades de administración y disposición del deudor (art. 704 TRLC).

Es importante destacar que, frente a lo que inicialmente pudiera parecer, la extensión de la suspensión de ejecuciones (por aplicación del régimen general previsto en el art. 694.4 TRLC) en

ningún caso podrá afectar a las deudas de cuotas de seguridad social por contingencias comunes y profesionales impagadas, cuestión que —no se nos escapa— podría llegar a ser trascendental en algún caso.

Por otro lado, parece lógico que la norma prevea que únicamente quepa solicitar la limitación de facultades del deudor si está en situación de insolvencia actual, pues, en realidad, en los restantes casos, el deudor podría haber declinado iniciar el procedimiento (y, si infiriera que iniciar el proceso va a suponerle perder el control de la empresa, seguramente se mostraría menos proclive a hacer un uso temprano de este mecanismo). Por esta razón, de forma similar, si no se verifica la existencia de una insolvencia actual, el experto en la reestructuración nombrado a petición de los acreedores solo podrá tener funciones de intervención, pero no de sustitución del deudor.

Por último, la ley establece que tanto el nombramiento y retribución del mediador como del experto en la reestructuración se rijan por las mismas normas, en un régimen que prioriza la autonomía de la voluntad de las partes.

En concreto, el procedimiento especial confiere a las partes la posibilidad elegir directamente a la persona que deba ser nombrada como mediador/experto. Solo si no se hubiera alcanzado ese acuerdo previo, se establece que procederá a la designación por el juzgado, conforme a las reglas generales previstas en el libro II del TRLC. Asimismo, la ley también otorga una teórica libertad a deudor y acreedores para determinar la retribución de este tercero, retribución que, si no se alcanzara un acuerdo, quedará fijada en conforme al arancel establecido para la retribución de los administradores concursales.

Centrándonos en este último aspecto (el de la retribución a fijar), la ley establece que su abono correrá a cargo de quien lo solicite y que su importe se determinará de *"mutuo acuerdo entre el deudor y los acreedores"* (art. 704.7 TRLC), salvo que los acreedores solicitantes asuman voluntariamente el coste de la retribución, en cuyo caso serán libres de fijar la concreta determinación de la cuantía.

La ley omite completamente en estas previsiones al tercero que deba designarse. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, parece evidente que ese eventual acuerdo deberá contar también con la aquiescencia o conformidad de la persona que vaya a desempeñar el cargo de mediador/experto.

4.3. Medidas adicionales que pueden solicitarse en el procedimiento especial de liquidación

Si el procedimiento especial iniciado es de liquidación, el deudor y/o los acreedores podrán solicitar algunas de las siguientes medidas y efectos complementarios, en función de si se prevé que se lleve a cabo una venta en funcionamiento de la empresa o, simplemente, una liquidación singular de activos.

En primer lugar, en el caso de que se prevea la venta de la empresa en funcionamiento, se podrá solicitar la extensión de la suspensión temporal de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales a los

bienes y derechos necesarios para la actividad empresarial o profesional, en los mismos términos, *mutatis mutandis*, que en el procedimiento especial de continuación (art. 712 TRLC).

En segundo lugar, con independencia de cuál sea la forma en que se vayan a liquidar los activos, se podrá solicitar el nombramiento de un administrador concursal que sustituya al deudor en sus facultades de administración y disposición (art. 713 TRLC), y el nombramiento de un experto para la valoración de la empresa o establecimientos mercantiles (art. 714 TRLC).

La ley, de forma similar a lo expuesto con ocasión de los módulos del plan de continuación, otorga libertad a las partes para, con carácter preferente, designar nominativamente la persona que deba ser nombrada administrador concursal/experto e, igualmente, fijar su retribución. Por ello, damos por reiteradas en este punto las reflexiones realizadas en el apartado anterior.

La norma contempla igualmente que los honorarios del administrador/experto deban ser satisfechos por las personas que soliciten su nombramiento. Conviene adicionar en este punto, sin embargo, que en los casos en que el nombramiento del administrador/experto venga motivado por una petición del deudor, se fija expresamente que el cobro de los honorarios tendrá lugar tras la satisfacción del crédito público privilegiado, lo que, por un lado, puede suponer un desincentivo de cara a estos profesionales (que no verán garantizada en todo caso su retribución) y, por otro, parece privilegiar una vez más al crédito público respecto a otros acreedores en idénticas condiciones.

5. El procedimiento especial de continuación: los planes de continuación

Como hemos venido explicando, la primera de las opciones que contempla el procedimiento especial es que se alcance una solución de continuidad que mantenga inalterada la propiedad de la empresa. Ello, a través de la aprobación de un "plan de continuación" cuyo contenido y previsiones, de forma similar a lo que ocurre con los planes de reestructuración, deberá asegurar (de forma razonable) la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo. Desaparece, por tanto, la figura del convenio de acreedores en este tipo de procedimientos.

El procedimiento especial establece que, en general, cualquier crédito, incluidos los contingentes y sometidos a condición, podrá verse afectado por el plan de continuación. Y también que, para alcanzar esa deseada viabilidad en el corto y medio plazo, las partes serán libres de adoptar las medidas de reestructuración que consideren oportunas (lo que podrá incluir quitas, esperas, combinaciones de ambas, conversiones en préstamos participativos, capitalizaciones, etc.).

Sin embargo, a renglón seguido, la norma prevé relevantes excepciones a lo anterior que, *de facto*, pueden dificultar seriamente la posibilidad de alcanzar un acuerdo de esta naturaleza por este tipo de deudores.

En concreto, de forma similar a lo que ocurre en los planes de reestructuración, se establece que no podrán verse afectados por los planes de continuación: (i) los créditos de alimentos derivados

de una relación familiar, de parentesco o de matrimonio; (ii) los créditos derivados de daños extracontractuales; (iii) los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección; (iv) la parte de los créditos públicos que deba calificarse como privilegiada; y (v) en ningún caso, los porcentajes de las cuotas de la seguridad social cuyo abono corresponda a la empresa por contingencias comunes y contingencias profesionales ni los porcentajes de la cuota del trabajador que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

Además, en relación con los créditos de derecho público que puedan quedar afectados por el plan, las posibles medidas de reestructuración a adoptar se ven limitadas, al excluirse expresamente aquellas que puedan suponer un cambio de ley aplicable, un cambio de deudor, una modificación o extinción de las garantías existentes; y la conversión del crédito en acciones o participaciones sociales, en un préstamo participativo o en un instrumento con características o rango diferentes a los originales. Ello supone que, *de facto*, las medidas aplicables a estos créditos queden circunscritas esencialmente al establecimiento de quitas y esperas (lo que, no obstante, supone un avance frente al régimen previsto en los planes de reestructuración, en el que esas eventuales quitas estarían igualmente excluidas; art. 616 bis TRLC).

En nuestra opinión, atendiendo a las particulares circunstancias de estos deudores de menor tamaño y la configuración habitual de sus pasivos (en los que el peso ponderado de todas estas partidas es normalmente mayor), creemos que las limitaciones expuestas podrían llegar a suponer una losa que desincentive a los restantes acreedores a participar en este tipo de acuerdos y, en último término, frustre cualquier posibilidad real de adoptar una solución de este estilo. No obstante, como en tantas otras ocasiones, se trata de un extremo que solo la realidad de los hechos, tras la entrada en vigor de la norma, permitirá constatar o rechazar.

Una vez establecido lo anterior, lo cierto es que el libro III del TRLC contiene particularidades relevantes en lo que respecta al proceso de votación y aprobación de los planes de continuación (vs. los planes de reestructuración), que buscan tanto agilizar la tramitación del proceso como favorecer la obtención de un resultado favorable y positivo.

En concreto, si bien en los planes de continuación (por la mayor vinculación existente entre propiedad y empresa) se exige una aprobación expresa del deudor y de los socios personalmente responsables de las deudas (art. 698.1 TRLC), se produce una inversión de la regla general en lo que respecta a los acreedores y se asume que, si un acreedor no vota, ha votado a favor del plan de continuación (art. 698.4.º TRLC).

Además, la regulación del procedimiento especial contempla una tramitación simultánea de las fases de alegaciones al plan de continuación (que podrán tener por objeto, por ejemplo, la discusión del importe de determinados créditos o la insinuación de otros nuevos que no hubieran sido tenidos en cuenta) y votación.

Así, se prevé que el proceso de votación pueda iniciarse de forma escalonada en los casos en los que existan créditos sobre los que no haya habido alegaciones y otros sobre los que sí, de forma que los acreedores de los primeros no tienen que esperar para ejercer su derecho de voto hasta que las alegaciones presentadas en relación con los segundos hayan sido resueltas.

Esta situación puede dar lugar a que, mientras las alegaciones y solicitudes realizadas por algunos acreedores siguen sin resolverse (y, por tanto, el derecho de voto de estos acreedores queda suspendido), resulte ya verificado que se han cumplido los requisitos para la aprobación del plan de continuidad. O, por el contrario, que no se van a cumplir los umbrales exigidos para la aprobación.

En estos casos, la ley prevé que el letrado de la administración de justicia pueda aprobar provisionalmente el plan de continuación o certificar su rechazo, sin necesidad de esperar a que finalice el plazo de votación, hecho que —de nuevo— permitirá una más acelerada tramitación del procedimiento.

Aprobado el plan de continuación, el procedimiento especial de continuación introduce también importantes novedades en materia de homologación, al instaurar una posible homologación tácita.

Por defecto, una vez aprobado el plan de continuación, el deudor y los acreedores afectados por el plan gozarán de un plazo para solicitar al juzgado que se pronuncie (en sentido positivo o negativo) sobre su homologación. Ahora bien, si ninguno de ellos lleva a cabo esta petición, se considerará que el plan ha sido homologado tácitamente.

La posibilidad de homologación tácita, sin embargo, no podrá tener lugar en dos supuestos. En primer lugar, cuando la aprobación se hubiera producido por efecto del silencio positivo de los acreedores (esto es, cuando los requisitos de mayorías necesarias se hubieran conseguido gracias al considerar como adheridos al plan todos aquellos créditos afectados cuyos titulares que no hubieran votado). Y, en segundo lugar, en todo caso, cuando el plan incluya créditos de acreedores públicos.

La ratio de la norma, que parece lógica y evidente en el primer caso (establecer un límite al silencio positivo que, en realidad, puede no suponer aceptación, sino desconocimiento y, por tanto, garantizar un mínimo de protección de oficio a esos acreedores) podría resultar más discutible en el segundo, salvo que se acepte que a través de esta previsión se obtiene un beneficio general que redundará en beneficio de todos los ciudadanos/contribuyentes (al reducirse el gasto y utilización de recursos públicos necesarios para un seguimiento pormenorizado de todos y cada uno de estos procedimientos).⁹

Finalmente, el procedimiento especial también contiene una particularidad relevante en materia de cumplimiento y/o incumplimiento del plan aprobado y homologado. De forma adicional a la posibilidad de que los acreedores afectados puedan solicitar la declaración de incumplimiento del plan (art. 699 ter TRLC), la ley prevé expresamente que, en todo caso, el plan de continuación quedará frustrado y se abrirá la fase de liquidación si el deudor incumpliera alguna de las obligaciones tributarias o frente a la seguridad social devengadas con posterioridad a la apertura del procedimiento especial.

9 Recuérdese que, de conformidad con el art. 691bis TRLC, el deudor está obligado a comunicar expresamente a la Tesorería General de la Seguridad Social y a la Agencia Estatal de Administración la solicitud de apertura del procedimiento especial de continuación. Y que, si no lo hace, la consecuencia automática es que los créditos de estos acreedores públicos quedan excluidos de toda posible quita o espera (que serían las únicas medidas que podrían tratar de aplicarse).

6. El procedimiento especial de liquidación

La segunda de las modalidades en que puede abrirse el procedimiento especial es como procedimiento de liquidación, opción que, a su vez, como ya hemos expuesto en apartados anteriores, puede dar como resultado el mantenimiento de cierta continuidad de la empresa (si se logra la enajenación de sus unidades productivas en funcionamiento) o su desmembramiento total, mediante una clásica liquidación singular de activos.

El procedimiento especial de liquidación podrá iniciarse a petición del deudor en situación de insolvencia actual o inminente (si este estuviera únicamente en probabilidad de insolvencia, deberá acudir a los mecanismos de liquidación previstos en la Ley de Sociedades de Capital). Y también a petición de los restantes legitimados, o tras un supuesto de frustración o incumplimiento del plan de continuidad, si el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual.

En todo caso, la apertura del procedimiento especial como un procedimiento de liquidación será obligatoria (desplazando la voluntad que pudieran tener el deudor y resto de acreedores de optar por una solución de continuación) si el 85 % o más de los créditos del deudor estuvieran en manos de acreedores públicos.

El legislador es consciente, a la luz de la experiencia acumulada tras la promulgación de la Ley Concursal, de que, de forma general, el activo de este tipo de deudores sufre un deterioro mucho más acusado y repentino. Por ello, en el procedimiento especial, plantea un ambicioso régimen de liquidación que asume que todas las operaciones deberán haber culminado en un plazo de tres meses (prorrogables, previa solicitud, a cuatro).

Para alcanzar este objetivo, la ley fomenta de nuevo una tramitación simultánea y no por fases, que permita acelerar al máximo el inicio de las operaciones de liquidación y que, acercándose en mayor medida al régimen general previo a la reforma, mantiene la existencia formal de los planes de liquidación.

Así, abierto el procedimiento especial de liquidación, el deudor (o, en su caso, el administrador concursal) deberá presentar un plan de liquidación que, de forma motivada, contenga el calendario y la forma prevista para la liquidación de los activos y que, en la medida de lo posible, deberá priorizar la venta de la empresa en funcionamiento.

Una de las cuestiones que más comentarios y críticas ha suscitado entre los operadores jurídicos es, precisamente, esta posibilidad de que el deudor sea la persona al mando del proceso de liquidación. Sin embargo, en nuestra opinión, la ley ofrece mecanismos suficientes para que quien sienta algún tipo de temor o suspicacia pueda poner coto a ese riesgo, de ser fundado. Por un lado, como ya hemos expuesto en el apartado 4.3, el procedimiento especial permite que los acreedores puedan interesar el nombramiento de un administrador concursal que desplace las facultades del deudor en sede de liquidación. Por otro, lo cierto es que tampoco nos parece descartable de antemano que sean los deudores (*motu proprio* o por consejo de sus asesores) quienes directamente decidan interesar este nombramiento y descargarse de la responsabilidad y trabajo que puede suponer la gestión de todo el proceso y operaciones de liquidación.

Presentado el plan de liquidación, la ley prevé que se puedan formular alegaciones y propuestas de modificación frente al plan y que, si estas no fueran acogidas voluntariamente, se pueda llevar a cabo una impugnación ante el órgano judicial.

Ahora bien, la ley toma en consideración que es posible que esas alegaciones o impugnaciones no afecten a la totalidad del plan, sino a cuestiones concretas. Y, en consecuencia, en un ejemplo de esa tramitación paralela o simultánea a la que antes hacíamos referencia, permite que se inicie la ejecución inmediata de las operaciones de liquidación que no hubieran sido controvertidas, aun cuando sigan pendientes de resolución las impugnaciones atinentes a otros aspectos.

En este mismo espíritu de flexibilidad, adaptación y maximización de resultados, el procedimiento especial de liquidación también contempla que el plan aprobado pueda ser modificado si resultase más conveniente para obtener una mayor y más rápida satisfacción de los acreedores. Y, de nuevo, prevé que, mientras se tramite esta modificación, puedan seguir llevándose a cabo las restantes operaciones de liquidación que no se vean afectadas por el cambio.

En cuanto a la realización de las concretas operaciones de liquidación, el régimen especial también introduce particularidades relevantes respecto al régimen contenido en el libro I del TRLC al priorizar la venta de la empresa o sus unidades productivas en funcionamiento a través de mecanismos de venta directa y, solo subsidiariamente, a través de subasta (art. 710 TRLC). Además, contiene previsiones específicas en materia de enajenación de créditos frente a terceros (*i. e.*, cuentas a cobrar), habilitando tanto el posible uso del *factoring* como de la cesión a terceros para su cobro (art. 711 TRLC). Y, por último, en lo que respecta a la liquidación de bienes individuales o de categorías genéricas de bienes, prevé que deberá llevarse a cabo a través de una plataforma electrónica específicamente constituida al efecto o, complementariamente, mediante un agente especializado (no obstante, mantiene de forma residual la posibilidad de utilizar otros medios, siempre que existan razones objetivas que lo justifiquen debidamente).

Como hemos expuesto al inicio de este apartado, el legislador asume de forma apodíctica que en el plazo de tres meses (o cuatro, si se hubiera admitido la prórroga) todas estas operaciones de liquidación deberán haber culminado. Y, desde este prisma, considera que solo de forma excepcional y "*debido a circunstancias extraordinarias ajenas al procedimiento especial*" (art. 708.5 TRLC) podría ocurrir que un bien o derecho del deudor no pueda ser objetivamente liquidado en ese plazo.

En estos casos (que la norma prevé que sean excepcionales, pero que solo la práctica permitirá confirmar si realmente tienen esa condición o suponen un supuesto habitual), lo que se prevé es que se presente al juez un plan para la realización del concreto activo, que podrá incluir el uso de fondos de la masa activa para sufragar los costes de realización, siempre que el resultado neto sea positivo. Pero, sin embargo, ello no impedirá que, expirados los tres (o cuatro) meses previstos para la liquidación, el deudor (o administrador concursal) deba elaborar el informe final de liquidación y solicitar la conclusión del concurso, *ex art. 719 TRLC*.

En nuestra opinión, resulta difícilmente justificable que, existiendo activos pendientes de liquidación, se pueda considerar culminado el proceso especial de liquidación. Admitir esta posibilidad conduce al peligroso sendero de aceptar que los procedimientos especiales de liquidación puedan

ser cerrados “en falso” y que las estadísticas que posteriormente se puedan elaborar a partir de esos datos tengan poco o nulo valor.

Y ello es así porque, desde un punto de vista formal, podría defenderse que el ambicioso objetivo temporal fijado por el legislador se ha cumplido y que, por ende, los procedimientos especiales se demuestran más efectivos y eficientes. Sin embargo, acudiendo a lo verdaderamente relevante y sustancial, la realidad subyacente podría seguir siendo la misma: que las operaciones de liquidación conllevan en realidad un tiempo mucho mayor y que la nueva regulación no supone, de forma real, un mayor grado de satisfacción para los acreedores.

7. Conclusión

El procedimiento especial para microempresas supone un cambio radical respecto a la situación preexistente. Por primera vez en nuestro ordenamiento, el legislador ha pensado específicamente en este tipo de deudores, tratando de ofrecer soluciones que tomen en consideración sus concretas circunstancias y particularidades.

Obviamente, un estudio detallado de la regulación contenida en este nuevo procedimiento arroja algunos interrogantes de índole práctica. Ahora bien, en nuestra opinión, no solo se trata de cuestiones aún pendientes de verificación (será solo la aplicación de la norma, tras su entrada en vigor, la que permitirá constatar si existen o no problemas sustanciales que deban atajarse), sino, que, además, entran dentro de lo “habitual” en una reforma de esta magnitud y calado. Así nos lo demuestran experiencias pasadas: grandes reformas suelen exigir, con el tiempo, adaptaciones que den respuesta a problemas o desajustes que se van detectando y que, en un momento inicial, pudieron pasar desapercibidos o fueron erróneamente valorados.

Las bases, sin duda, están sentadas. El reto radica ahora lograr esa exitosa traslación del papel a la realidad diaria de nuestros juzgados y tribunales.

Artículos

LA SEGUNDA “SEGUNDA OPORTUNIDAD”

Fernando Azofra Vegas

Abogado del Área Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

La segunda “segunda oportunidad”

Se analizan las alternaciones en el régimen de la segunda oportunidad de los deudores personas naturales derivadas de la transposición de la Directiva europea de marcos de reestructuración preventiva.

PALABRAS CLAVE:

SEGUNDA OPORTUNIDAD, EXONERACIÓN DE PASIVO INSATISFECHO, DEUDA NO EXONERABLE, DEUDA EXONERABLE.

A “fresh start” anew

The paper analyses the modifications in the Spanish legal regime for fresh start for natural debtors resulting from the implementation of the European Directive on preventive restructuring frameworks.

KEYWORDS:

FRESH START, DEBT DISCHARGE, NON-DISCHARGEABLE DEBTS, DISCHARGEABLE DEBTS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-10-2022

Azofra Vegas, Fernando (2022). La segunda “segunda oportunidad”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 229-245 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La aprobación de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de modificación de la normativa concursal, comporta una importantísima modificación del régimen de *fresh start*, *segunda oportunidad* o exoneración de pasivo insatisfecho (“EPI”) en España, modificándose algunos de los elementos claves de la arquitectura del instituto, al punto de justificar el título de este artículo.

Salvo en el tratamiento del crédito público, la nueva regulación respeta la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración

preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (la “DMRP”). Pero va más allá. Y ello porque en su configuración se han incorporado elementos, no exigidos o no contemplados por la DMRP, pero que mejoran la eficacia, y la justicia, del sistema. Aunque ya plenamente incorporado a muchos de los sistemas jurídicos de nuestro entorno, en la articulación de cualquier sistema de *segunda oportunidad* se mantiene una constante pulsión entre dos polos antitéticos: la protección de la posición del acreedor que confía en el universal principio de la responsabilidad del deudor con todos sus bienes, presentes y futuros, y la protección de la posición del deudor, que aspira no acarrear durante toda su vida económica la losa de un fracaso anterior. Desde esta perspectiva, la introducción de un sistema de segunda oportunidad tiene un impacto en la actuación de los agentes económicos tan relevante como debió tenerlo, en su momento, la abolición de la prisión por deudas. Escribía Chesterton que, para corromper a un hombre, no hay más que convencerle de que sus anhelos son derechos y que los derechos de los demás son abusos. Se trata, por eso, de diseñar un sistema que, en lo posible, no corrompa al deudor ni tampoco al acreedor. Porque ambas cosas tendrían efectos demoledores.

En el nuevo marco normativo, se elimina la referencia a la EPI como *beneficio*, y se reemplaza por *derecho* (por ejemplo, en la nueva redacción del art. 413.1.3.⁹). La modificación se justifica en que las exigencias que la DMRP impone a los Estados miembros en torno a la segunda oportunidad: los Estados deben legislar para permitir la recuperación a la vida económica de los deudores desafortunados, configurando institutos, expedientes o regímenes de EPI. Lo enfatiza la exposición de motivos de la Ley 16/2022: “[...] la decisión de convertir el beneficio de la exoneración de las deudas, cuando concurren determinadas circunstancias, en un derecho de la persona natural deudora” (apartado I *in fine*); “[...] institución que prescinde del sustantivo «beneficio» en su propia definición” (apartado IV).

2. Cambio de paradigma

2.1. El paso a un sistema de EPI basado en el mérito

Como se reconoce en la exposición de motivos de la Ley 16/2022, se pasa de un sistema en el que la EPI estaba condicionada a la satisfacción de un determinado tipo de deudas (las deudas contra la masa y privilegiadas, e incluso un porcentaje de las ordinarias si el deudor no había intentado un acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo al concurso), a un sistema de exoneración por mérito que abre la posibilidad de exoneración de todo tipo de deudas (salvo las que la ley declara no exonerables) con tal de que satisfaga el estricto estándar de la buena fe en que se asienta el instituto de la EPI. Nuestro Derecho se aproxima a los modelos nórdicos de segunda oportunidad², en los que la EPI está disponible respecto de una gran variedad de deudas, pero que

¹ El término *beneficio* se mantiene, indebidamente, en los arts. 484.1 y 491.

² Ley holandesa de ajuste de deudas de personas físicas de 1997; ley noruega de ajuste voluntario y obligatorio de deudas de personas físicas de 1992; ley sueca de ajuste de deuda de 1994.

son exigentes en cuanto a los requisitos de entrada o acceso, y se distancia del norteamericano, con requisitos de entrada laxos, pero con un alcance muy limitado en cuanto a las deudas que pueden exonerarse. Una mayor rigurosidad en torno al requisito de la buena fe, unida a una gran extensión del concepto de deuda exonerable, parece el sesgo legislativo más adecuado para evitar el temido riesgo de *moral hazard*.

Al mismo tiempo, la buena fe no se configura como requisito de valoración o apreciación judicial abierta, sino puramente normativo que, además, se define de forma negativa: se presume de buena fe el deudor que no incurre en alguno de los supuestos legalmente establecidos de *mala fe* (fundamentalmente en el art. 489, pero también indirectamente en el art. 493.1.1.^o, al permitir la revocación de la EPI en caso de ocultación de bienes o ingresos). La Ley 16/2022 amplía las circunstancias que definían la buena fe en el Derecho anterior (en concreto, en el art. 487 TRLC antes de la Ley 16/2022). Pero de todas esas circunstancias, tan sólo una ofrece un mayor margen de apreciación o valoración judicial: cuando el deudor "*se haya comportado de forma temeraria o negligente al tiempo de contraer endeudamiento o de evacuar sus obligaciones*" (art. 487.1.6.^o TRLC).

Como la exposición de motivos de la Ley 16/2022 enfatiza, la determinación normativa de la buena fe tiene, además, carácter de *numerus clausus*. Esta arquitectura naturalmente admite implícitamente que puedan acceder a la EPI deudores que no se hayan comportado en la generación de la insolvencia de la forma más recta, o que hayan incluso deliberadamente perjudicado los intereses de sus acreedores, siempre que no se encuentren en alguno de los supuestos legalmente definidos de mala fe. Se prima así la seguridad jurídica. Pero, al mismo tiempo, el sistema es inflexible en torno a la exigencia de la buena fe, de forma que el deudor que incumple el estándar normativamente marcado, no tiene acceso al sistema. Se ha desechado, así, la posibilidad contemplada en la DMRP de ofrecer una EPI, si bien con plazos alargados de exoneración, al deudor no ha cumplido totalmente sus obligaciones de actuación honesta y de buena fe (considerando n.^o 78 o art. 23.1 DMRP). Para el Derecho español, la buena fe es como la virginidad, no se puede tener sólo en parte, porque confía en que esta disposición maximiza los estímulos legales a la actuación honesta de los agentes económicos.

Algunas de las exigencias en torno a la buena fe finalmente acogidas en la Ley 16/2022 merecen un juicio crítico:

- i. Se niega el acceso a la EPI al deudor condenado en sentencia firme a penas privativas de libertad de más de tres años exclusivamente en relación con una serie de delitos socioeconómicos, lo que abre la puerta a que pueda ser admitido a la EPI un homicida o pederasta con condena pena privativa de libertad muy superior a tres años. O que un reo de fraude fiscal, estafa o delitos contra los trabajadores pueda acceder a la EPI si la pena máxima del delito en cuestión es inferior a tres años. Aún peor es que la norma no se fije únicamente en la cancelación de los antecedentes penales como circunstancia de *rehabilitación* del condenado, sino que exige, adicionalmente, la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito, con lo que esa "*hipersensibilidad recaudatoria*" puede privar al

condenado del derecho a la EPI pese a que se encuentre plenamente rehabilitado desde el punto de vista penal³.

- ii. Se ha incorporado una circunstancia de mala fe, cual es haber sido sancionado, en los diez años anteriores, por resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social, o, cuando en el mismo plazo se hubiera dictado acuerdo firme de derivación de responsabilidad o, en el caso de infracciones graves, cuando la sanción exceda del cincuenta por ciento de la cuantía susceptible de exoneración por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (esto es, exceda de 5.000 euros) (y, en ambos casos, *"salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad"*). Nuevamente, el legislador tiene sólo presente la protección del crédito público (la *hiperprotección* del crédito público tan denostada por los organismos internacionales), sesgando con orientaciones como ésta el comportamiento de los deudores, para trasvasar recursos escasos de la satisfacción de créditos privados a la satisfacción de créditos públicos. Muy lamentable⁴.

Estas limitaciones al acceso o a la eficacia de un sistema de segunda oportunidad concilian mal con el mandato de la DMRP a los Estados miembros al que nos referíamos antes.

2.2. Dos rutas

Otro de los cambios relevantes respecto al Derecho anterior es que la realización del patrimonio del deudor no sea una condición necesaria para disfrutar de la EPI. Cabe una modalidad de exoneración mediante plan de pagos y sin liquidación del patrimonio del deudor, que puede así mantener total o parcialmente su actividad profesional o empresarial. Frente a ello, en el nuevo sistema se prevé una genuina disyuntiva entre EPI con liquidación de la masa activa y EPI mediante un plan de pagos (que, a diferencia del Derecho anterior, se refiere a la deuda exonerable y no a la deuda no exonerable).

En la EPI mediante plan de pagos, no se impone la realización de bien alguno (aunque es posible), ni siquiera de aquellos no necesarios para el mantenimiento de la actividad empresarial o profesional del deudor durante la duración del plan de pagos (art. 496.2 TRLC tras la Reforma: *"El plan de pagos podrá incluir cesiones en pago de bienes o derechos [...]"*).

Esta innovación pretende fomentar la colaboración del deudor, e incluso una actuación más diligente por su parte: en lugar de procrastinar en la declaración del concurso hasta que no queda absolutamente nada aprovechable (como podía resultar frecuente bajo la norma precedente), el deudor puede tener ahora incentivos para acudir al concurso tan pronto como advierta la im-

³ Con mejor criterio, la comisión de expertos a la que la orden de la Ministra de Justicia de 28 de septiembre de 2018 encargó la transposición de la DMRP negaba el acceso a la EPI al deudor que en los diez años anteriores a la solicitud de EPI hubiera sido condenado en sentencia firme, bien por cualquier delito que llevara aparejadas penas de privación de libertad superior a tres años, bien por una serie de delitos específicos de especial incidencia o relevancia socioeconómica aunque la pena fuera inferior, y salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de EPI se hubiera extinguido la responsabilidad criminal y cancelado los antecedentes penales.

⁴ La propuesta de la comisión de expertos no contenía esta circunstancia, que el Gobierno introdujo en el anteproyecto de ley de reforma, y luego en el proyecto, para acabar en la Ley 16/2022.

sibilidad de reestructurar su pasivo preconcursalmente, pero cuando su patrimonio y actividad aún no se haya deteriorado irreversiblemente. Y ello porque puede con este sistema mantener la esperanza de solventar sus deudas e incluso mantener todo o parte de su patrimonio y continuar su actividad, con una suerte de *condena* civil de trabajar para sus acreedores durante unos años y satisfacer así parte de la deuda previa, quedando definitivamente liberado al finalizar el plan de pagos. Como el plan de pagos debe acomodarse a las condiciones de renta e ingreso previsible del deudor durante su plazo (art. 496.2 TRLC), se estimula que el deudor se reincorpore al mercado laboral o al emprendimiento. Y dado que el plan de pagos no exige la aprobación de los acreedores, sino que puede en última instancia imponérseles, se disciplina también la actuación de los acreedores durante la fase preconcursal, pues pueden temer que su negativa a acomodar una solución precontractual pueda abocar al deudor a un concurso en el que va a poder imponer un plan de pagos con exoneración. Por otra parte, puesto que los acreedores pueden satisfactoriamente impugnar el plan de pagos aprobado por el juez cuando no se les garantice repago de sus créditos por el importe que obtendrían en la liquidación (art. 498 bis.1.1.^o), se contiene cualquier aspiración *expropriatoria* que pudiera tener el deudor en la formulación del plan de pagos, y esto mismo habrá también disciplinado el comportamiento del deudor durante la fase preconcursal (no podrá proponer alternativas irracionales o abusivas en la confianza de que los acreedores estarán “forzados” a aceptarlas porque es capaz de imponerles cualquier plan de pagos en el seno de la EPI). Aunque la DMRP permitía a los Estados miembros que condicionaran la concesión de la EPI al cese de la actividad empresarial o profesional del deudor, el legislador español no lo ha impuesto, precisamente porque la mejor alternativa, tanto para el deudor como para los acreedores, puede ser el mantenimiento total o parcial de la actividad del deudor.

La opción del deudor por una de las dos modalidades de EPI es, por otra parte, reversible, porque se permite que el deudor que haya obtenido la exoneración provisional mediante plan de pagos, pero no pueda acceder a la exoneración definitiva (por incumplimiento del plan de pagos, por ejemplo), o al que se le haya revocado la exoneración provisional, pueda obtener la EPI mediante liquidación de la masa activa (art. 500 bis). Sin embargo, el derecho del deudor a solicitar la EPI mediante plan de pagos cede cuando el juez ha acordado la liquidación de la masa activa (art. 495.2).

2.2.1. LA EPI MEDIANTE PLAN DE PAGOS

El art. 496 TRLC describe el contenido del plan de pagos, imponiendo al deudor relacionar con detalle los pagos de deuda exonerable que propone, los vencimientos de deuda no exonerable o de las nuevas obligaciones que vaya a contraer durante el plazo del plan de pagos y qué pagos exige su mínimo vital. También debe relacionar los recursos con los que cuente y su previsible evolución durante el plazo del plan de pagos. El plan puede contener cesiones en pago de bienes y derechos no necesarios para la actividad empresarial o profesional que el deudor pretenda mantener o iniciar. Quedan prohibidos los planes meramente liquidatorios, así como la alteración del orden de pagos legalmente establecido (salvo, naturalmente, con consentimiento de los acreedores perjudicados).

En aplicación del art. 21 DMRP, el plazo máximo del plan de pagos se reduce a tres años, pero se admite que se alcancen los cinco años cuando no se realiza la vivienda habitual del deudor o la de

su familia, o en los planes de pagos de prestaciones variables (esto es, cuando se haga depender la cuantía de los pagos a los acreedores exclusiva o fundamentalmente de la evolución de la renta y recursos disponibles del deudor durante el plazo del plan) (art. 497.2). En esos últimos planes, el riesgo de recobro de los acreedores es mucho mayor, puesto que en la determinación de los recursos disponibles de los que se hacen depender los pagos se han de deducir los pagos de deuda no exonerable o de las nuevas obligaciones incurridas por el deudor en el desempeño de su actividad, así como su mínimo vital.

La autorización del plan de pagos por el juez no exige, como se ha señalado, la aprobación de los acreedores, pero su opinión no es irrelevante:

En primer lugar, las alegaciones de los acreedores al plan propuesto por el deudor pueden ser tenidas en consideración por el juez, no sólo para rechazar el plan, sino para aprobarlo *"con las modificaciones que estime oportunas"* (art. 498.2 TRLC).

En segundo lugar, cualquier acreedor de deuda exonerable, con independencia de su cuota o porcentaje en el pasivo, puede impugnar la aprobación judicial cuando el plan de pagos no le asegure el cobro de la cuota de liquidación (art. 498 bis.1.1.^o), cuando no concurren los requisitos y presupuestos de la EPI (art. 498 bis.5.^o) o cuando el plan no destine a la satisfacción de la deuda exonerable la totalidad de los recursos previsibles del deudor que excedan del mínimo inembargable, de lo requerido para el pago de los vencimientos de la deuda no exonerable o de las nuevas obligaciones contraídas por el deudor durante el plan de pagos (art. 498 bis.4.^o).

Y, en tercer lugar, se permite la impugnación de la sanción judicial del plan de pagos cuando el plan de pagos no contenga la realización de todos los bienes o derechos no necesarios para la actividad que el deudor pretenda mantener o iniciar o su vivienda habitual, para el pago de deuda exonerable, de deuda no exonerable y de las nuevas obligaciones contraídas por el deudor durante el plan de pagos, si bien se exige que la impugnación se sostenga por un porcentaje de, al menos, el 40 % del pasivo exonerable (art. 498 bis.2.^o); y también la impugnación, sin causa legal concreta de base, cuando más del 80 % del pasivo exonerable se oponga al plan (art. 498 bis.3.^o). Por tanto, la aprobación de los acreedores del plan de pagos (mayoritaria o no mayoritaria) no es exigencia para su sanción judicial, pero la oposición de más del 80 % del pasivo exonerable es causa legal bastante para que el juez admita la impugnación del plan de pagos previamente sancionado, si bien cabe también que el juez, *"atendiendo a las particulares circunstancias del caso"*, lo imponga pese a esa oposición⁵.

⁵ En mi opinión, ninguna de las causas de impugnación comportan una suerte de *"consentimiento encubierto"* de los acreedores que infrinja la prescripción de la DMRP: *"La presente Directiva no debe obligar a que el plan de pagos sea apoyado por una mayoría de acreedores"* (considerando n.º 74). Y ello porque, salvo la causa del art. 498 bis.3.^o TRLC, todas se ligan a una circunstancia objetiva, ajena a la mera voluntad de apoyar o no apoyar el plan: que no se respete la cuota de liquidación, que no se realice la vivienda habitual o bienes no necesarios, que no se respeten los requisitos legales, etc. Y en la causa de impugnación del art. 498 bis.3.^o cabe, como se ha explicado, que el juez confirme el plan pese a la impugnación.

A diferencia del Derecho anterior, el art. 499 bis contiene una regla de adaptación del plan de pagos ya aprobado en caso de variación significativa de la situación económica del deudor⁶.

La tramitación, aprobación judicial e impugnación de la modificación del plan de pagos sigue las mismas reglas que la aprobación inicial, pero sólo se admite una vez durante el plazo del plan de pagos (art. 499.5) para evitar una excesiva incertidumbre. Debe enfatizarse que esta regla de adaptación extraordinaria del plan de pagos es independiente de la posibilidad de revocación de la EPI por "*mejora de fortuna*" que se contempla en el art. 493.1.2.º TRLC que, como allí se recoge, opera si la mejora de fortuna por las circunstancias concretas allí relacionadas (adquisición *mortis causa* o *inter vivos* gratuita, o juego de suerte, envite o azar) ocurre dentro de los tres años posteriores a la exoneración mediante liquidación de la masa activa o a la exoneración provisional mediante plan de pagos.

El art. 500 contempla la posibilidad de que, no obstante el incumplimiento parcial del plan de pagos, se otorgue al deudor la exoneración definitiva, previa audiencia de los acreedores, en los casos en los que el incumplimiento del plan resultara de accidente o enfermedad, u otros acontecimientos graves e imprevisibles, que afecten al deudor o a quienes con él convivan.

2.2.2. LA EPI MEDIANTE LIQUIDACIÓN DE LA MASA ACTIVA

En esta modalidad, la exoneración opera de forma inmediata, sin sometimiento a un plazo de espera de tres años, como el art. 21.1.b) DMRP permite.

A diferencia de la EPI mediante plan de pagos, la única oposición que cabe a la EPI mediante liquidación de la masa activa es la falta de concurrencia de los requisitos y presupuestos de la EPI (art. 502 TRLC).

El art. 501.1 prevé la EPI en los casos de liquidación de la masa activa, cuando la masa activa es de inicio o sobrevenidamente insuficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa e, incluso, en el "*concurso sin masa en [...] que no se hubiera acordado la liquidación de la masa activa*", inciso este que se incorporó al texto durante la tramitación parlamentaria. El art. 37 ter.2 TRLC apunta también en esta misma dirección. ¿Quiere esto decir que es posible una EPI sin plan de pagos y sin liquidación de la masa activa en los concursos sin masa?

La DMRP parte de la idea de que los procedimientos nacionales de EPI se basen en un plan de pagos, en la realización de activos del deudor o en una combinación de ambos sistemas (considerando n.º 75; art. 2.1.10 DMRP), pero no parece que contemple la posibilidad de una EPI sin plan de pagos y sin realización alguna de bienes del deudor.

⁶ Esta adaptación del plan ya aprobado parece no necesaria, pero sí coherente, con la orientación del art. 20.2 DMRP. A la vista del art. 20.2 DMRP parecería no necesaria esta adaptación porque la exigencia de la DMRP de tener en cuenta los recursos reales y previsibles del deudor para la fijación del plan se cumple si se verifica esa proporción en momento inicial de aprobación del plan. Pero el considerando n.º 74 (aunque no el articulado de la DMRP) va más allá y permite, aunque no impone, esa adaptación posterior: "*Los Estados miembros deben poder permitir la posibilidad de ajustar las obligaciones de reembolso de los empresarios insolventes cuando se produzca un cambio importante en su situación financiera*".

También la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de abril de 2014 contemplaba apenas una disyuntiva en su apartado n.º 30.

Se trata de un supuesto sobre el que cabría una cierta polémica, especialmente en el caso del concurso sin masa del art. 37 bis.d), esto es, cuando existe un bien con valor real inferior a la deuda garantizada. Pero lo que no parece dudoso es que, de admitirse la exoneración, esta sólo debería afectar a los créditos exonerables existentes, pero en ningún modo a la deuda garantizada. Y ello porque, sin realización de la garantía real, no es posible imponer al acreedor real una exoneración parcial de la deuda garantizada sino en el específico caso de la EPI con plan de pagos, conforme a lo previsto art. 492 bis.2 TRLC. Prueba incuestionable de que el 492 bis.2 sólo se aplica en la EPI con plan de pagos es tanto su inciso inicial ("*En el caso de deudas con garantía real cuya cuantía pendiente de pago cuando se presenta el plan*") como la remisión contenida en su regla 2.ª al art. 496 bis (que está en la subsección relativa a la EPI mediante plan de pagos).

2.3. La insolvencia como presupuesto de entrada a la EPI

La DMRP abre la posibilidad a la concesión del EPI no sólo a deudores insolventes, sino también a deudores simplemente sobreendeudados. La excepcionalidad que cualquier sistema de segunda oportunidad supone en un sistema jurídico que, como el nuestro, se basa en la responsabilidad del deudor con todos sus bienes, justifica que se reserve la concesión de la EPI al deudor concursado, y no al meramente sobreendeudado⁷. En el seno de un concurso existe una mayor garantía de salvaguarda de los derechos e intereses de los acreedores, en especial, en lo referido a la pieza de calificación del deudor y a la posible depuración de las responsabilidades en la generación o ampliación de la insolvencia, o en el trato equitativo de los acreedores conforme a su rango, todo ello supervisado por una autoridad judicial. Las enseñanzas de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de julio de 2004 (*Bäck v. Finland, Application n.º 37598/97*) en torno al sistema de segunda oportunidad finlandés obligan a cualquier legislador a ser especialmente prudente, puesto que todo sistema de EPI comporta una lesión sobre el derecho de propiedad del acreedor que protege el art. 1 del Protocolo Adicional del Convenio de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (párrafo 58 de la sentencia). Para que esa lesión pueda considerarse compatible con el Convenio, es preciso que exista un interés público o general que justifique la exoneración (párrafo 59 de la sentencia) y que se garantice al acreedor audiencia y recurso frente a la decisión de exoneración, adoptada por un juez o autoridad que no actúa de forma arbitraria (párrafo n.º 64 de la sentencia).

2.4. El tratamiento de las deudas garantizadas

Como enfatiza la exposición de motivos de la Ley 16/2022, someter las deudas garantizadas a la EPI debilitaría o amenazaría el correcto funcionamiento de las economías modernas. En el Derecho comparado, es generalizado que la deuda garantizada se considere no exonerable. En

⁷ La exposición de motivos de la Ley 16/2022 lo explica así: "[...] dada la singularidad que todo mecanismo de segunda oportunidad supone en cualquier sistema legal que, como el nuestro, consagra la responsabilidad del deudor con todos sus bienes presentes y futuros para la satisfacción de sus deudas, se ha considerado oportuno seguir brindando la segunda oportunidad solo al deudor insolvente, sin extenderlo a deudores apenas aquejados, de momento, de sobreendeudamiento".

ocasiones, este principio general se concreta por referencia al valor real del *collateral*, como hace el art. 489.1.7.⁸.

Se trata de un postulado coherente con la tendencia reciente del Derecho español de limitar el privilegio del acreedor real al valor de la garantía, y también es conforme con la propia orientación de la DMRP (considerando n.º 81).

La aplicación de este principio cuando la garantía real ya se ha ejecutado es sencilla: el crédito remanente es plenamente exonerable (art. 492 bis.1).

Cuando la ejecución aún no ha tenido lugar, sin embargo, la articulación de una solución legal se torna mucho más difícil. El nuevo sistema de *fresh start* que la Ley 16/2022 introduce en nuestro Derecho incorpora una modalidad de EPI sin liquidación, por lo que se hacía necesario articular una solución legal para el caso de que se mantuviera en el patrimonio del deudor un bien o derecho gravado en garantía de alguna de sus deudas. La solución legal no debe aumentar los estímulos con los que cuente el acreedor real para la ejecución, por el claro efecto perjudicial que ello generaría sobre el deudor que trata de sobreponerse al fracaso. La idea propuesta por la comisión de expertos que elaboró la norma en el art. art. 492 bis.2 es la de determinar el valor de la garantía real y compararlo con el valor de la deuda. Si el valor de la garantía es mayor que la deuda, toda la deuda es no exonerable. Si el valor de la garantía es menor que la deuda (o sea, si el acreedor está *out-of-the-money*), se mantienen las fechas de vencimiento de la deuda garantizada, pero se recalculan las cuotas de principal y, en su caso, los intereses, tomando en consideración únicamente la parte de la deuda que no supere el valor de la garantía. En el caso de intereses variables, naturalmente, es preciso *congelar* el tipo de interés que se toma de referencia para el recálculo, estableciendo la norma que se toma el interés aplicable a la fecha de la aprobación del plan. Es una suerte de reconfiguración o de reestructuración *ipso legis* de la deuda garantizada. A la parte de la deuda garantizada que se considera exonerable, como destaca la regla 2.^a de este art. 492 bis.2, se le aplica el art. 496 bis (referido al vencimiento y el devengo de intereses en el plan de pagos) y ha de recibir en el plan de pagos "*el tratamiento que le corresponda según su clase*". Cabe, así, que se devenguen intereses por encima del valor de la garantía, extremo éste que se considera razonable, por suponer el interés una suerte de compensación equivalente a la renta que el deudor pagaría por mantener el uso del bien, si fuera de un tercero, al quedar el acreedor real impedido de ejecutar el bien en tanto el deudor efectúe el pago de esas nuevas cuotas *recalculadas*⁹.

Por último, e igualmente en estricto reconocimiento del fundamental papel que tienen las garantías reales en la generalización del crédito en la economía, se permite al acreedor real que se haya visto afectado por una exoneración liberarse o desembarazarse sobrevenidamente de los efectos

8 En el mismo sentido, art. 199 (2) de la ley de quiebras danesa ("*An order for debt rescheduling, however, does not cover claims secured by a charge to the extent of the security granted*") o el art. 208 b (2) de ese mismo texto. O el art. 3(5) de la ley finlandesa de ajuste de deudas de personas físicas ("*secured debt means adjustable debt where the creditor has effective collateral against third parties, the said collateral being the property of or in the possession of the debtor, in so far as the collateral would have been sufficient, at the start of debt adjustment, to cover the debt after liquidation and the satisfaction of more privileged creditors*").

9 Esta orientación guarda alguna semejanza con la ley finlandesa de ajuste de deudas de personas físicas, cuyo art. 26 prohíbe que el ajuste de los pagos afecte a deuda garantizada en cuanto a la remisión o reducción del principal, pero permite la modificación del calendario de pago, que se altere la prioridad de la imputación de los pagos para que se apliquen primero al principal, y luego a intereses, o incluso la reducción del tipo de interés.

de la EPI si, incumplida la obligación garantizada y ejecutada la garantía real, el producto de la ejecución fuera suficiente para satisfacer no sólo la deuda no exonerada, sino también, en todo o en parte, la deuda ya provisional o incluso definitivamente exonerada (art. 492 bis.3). Se sigue en este punto el mismo principio que nuestra normativa concursal anterior a la Ley 16/2022 recogía en el art. 630 TRLC en caso de ejecución de garantías reales tras el incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado o el que recogía el art. 404.2 (y que, tras la Ley 16/2022, se mantiene en el art. 404.1) tras el incumplimiento del convenio.

2.5. Prohibición temporal

Se ha reducido de diez a dos años el plazo de espera antes de presentar una solicitud de EPI cuando la anterior haya seguido la modalidad de plan de pagos (art. 488.1, en relación con el art. 483.3.º TRLC, que se refiere, únicamente a la solicitud de nueva exoneración mediante plan de pagos, con independencia de cuál haya sido la modalidad de la EPI anterior).

El plazo de espera desde una exoneración mediante liquidación es de cinco años (art. 488.2), lo que es continuista con la opción que implícitamente adoptaba el Derecho anterior.

Ambas determinaciones son congruentes con lo previsto en el art. 23.2.d) DMRP, que, yendo incluso más allá, permite a los Estados miembros que el plazo empiece a contar no sólo desde la concesión de una EPI anterior, sino también desde el rechazo de una EPI anterior.

2.6. Efectos de la EPI

2.6.1. EFECTOS RESPECTO A LOS BIENES GANANCIALES

Acogiendo las críticas doctrinales que se habían formulado sobre la regulación anterior¹⁰, el nuevo art. 491 excluye la extensión del EPI respecto de las deudas gananciales contraídas por el cónyuge del concursado o por ambos cónyuges. Así, en la nueva propuesta, la EPI sólo beneficia al cónyuge del deudor respecto de las deudas gananciales contraídas por el deudor. Esto parece más coherente con la responsabilidad principal y solidaria de los bienes comunes y de los bienes privativos del cónyuge que contrae deuda ganancial y la responsabilidad solo subsidiaria de los bienes privativos del otro cónyuge que contienen los arts. 1319 y 1369 del Código Civil. No es razonable que los acreedores afectados por la EPI respecto a deudas gananciales contraídas por el cónyuge del deudor pierdan el recurso contra aquél sólo porque se ha concedido la EPI al deudor.

2.6.2. EFECTOS RESPECTO A OBLIGADOS SOLIDARIOS, FIADORES, AVALISTAS Y SEMEJANTES

El art. 492 TRLC contiene la misma regla del Derecho anterior de la inmunidad del acreedor de deuda exonerada en su acción contra los obligados solidarios, fiadores y avalistas, pero se añade a los aseguradores y a quienes, por disposición legal o contractual, tienen obligación de satisfacer

¹⁰ CUENA CASAS, M. (2021), "Comentario al art. 501" en VEIGA COPO, A.B. (dir.) y MARTÍNEZ MUÑOZ, M.A. (coord.): *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, t. II, Cizur Menor, Aranzadi, 985-985.

deuda exonerada (FOGASA, por ejemplo). El art. 492.2 TRLC, en sintonía con la regla general del art. 1210 del Código Civil, admite la subrogación, pero extiende los efectos de la EPI respecto al crédito por repetición o regreso que corresponde al *solvens* en las mismas condiciones que afectaron al crédito principal, con la matización adicional de que, en la medida en que ese crédito por repetición o regreso gozara de garantía real, habrá de ser tratado como tal a efectos de la EPI. Es la misma regla que establece el art. 616.3 TRLC en el contexto de los planes de reestructuración (aunque allí se permite la modulación por el plan, en cuanto que aquí sucede *ipso legis*).

2.6.3. EFECTOS RESPECTO A SISTEMAS DE INFORMACIÓN CREDITICIA

Consciente de la importancia que los sistemas de información crediticia tienen en el acceso al crédito, el art. 492 permite la actualización de esos sistemas de información a la vista de la EPI, de forma que los datos históricos de mora no perjudicaran la recuperación del deudor exonerado a la vida económica. El art. 492 ter contempla así tanto una legitimación al deudor para que recabe testimonio de la concesión de la EPI al objeto de requerir directamente a los sistemas de información crediticia la actualización de los datos de deuda vencida e impagada allí contenida como un mandato legal a los acreedores afectados para que comuniquen igualmente a esos sistemas la EPI con ese mismo objeto.

La actualización sólo resulta aplicable a la exoneración con liquidación o a la exoneración definitiva mediante plan de pagos (no la exoneración provisional). Efectuar una actualización de esos sistemas apenas sobre la base de la exoneración meramente provisional, antes de que se conceda la EPI definitiva, podría deteriorar la fiabilidad y calidad de los datos contenidos en esos sistemas de información (y, en esa medida, perjudicar la adopción de decisiones racionales de concesión de nuevo crédito al deudor).

3. Deuda no exonerable

3.1. Deuda por salarios

El art. 489.1.3.^o TRLC considera no exonerables las deudas por salarios de los últimos sesenta días de trabajo efectivo antes de la declaración de concurso, en cuantía que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, así como los devengados durante el procedimiento, siempre que *"su pago no hubiera sido asumido por el Fondo de Garantía Salarial"*. O sea, si el FOGASA ha asumido esa deuda, es exonerable, y si el FOGASA no la ha asumido, es no exonerable. No parece conveniente hacer depender la consideración de una deuda como no exonerable de la circunstancia de que el pago haya o no sido asumido por el FOGASA.

Con buen criterio, la Propuesta de la Comisión Rojo declaraba no exonerable esta deuda por salarios con carácter general, pero incluía un apartado 3 en el art. 494 por el que, como excepción al principio general de conservación de derechos de repetición y regreso frente al deudor del apartado 1, señalaba que, cuando el FOGASA pagase esa deuda, conservaría los derechos de repetición frente al deudor, pero su crédito sería exonerable.

El texto legal finalmente aprobado mantiene la misma opción de política legislativa de la comisión de expertos, si bien por un camino un tanto tortuoso. En efecto:

- i. Por aplicación del art. 489.1.3.^º, la deuda por salarios de los últimos 60 días, y hasta el máximo del triple del SMI, será no exonerable si el FOGASA no la ha asumido, y exonerable si el FOGASA la ha asumido.
- ii. Si el FOGASA ha asumido la deuda, por aplicación del art. 494.1, el FOGASA mantendrá los derechos de repetición y regreso frente al deudor (lógicamente con la misma consideración que la deuda principal, o sea, deuda exonerable).

3.2. Deuda por créditos de derecho público

Apartándose radicalmente de la propuesta de la comisión de expertos, la norma acaba por consagrar una suerte de inmunidad del crédito público frente a la exoneración que, desde cualquier punto de vista, contraría la DMRP. La Ley 16/2022 considera no exonerable el crédito público. Se admite, sin embargo, la exoneración de ciertos créditos públicos (deudas para cuya gestión recaudatoria resulte competente la Agencia Estatal de Administración Tributaria, o las Haciendas Forales o las deudas de la Seguridad Social), pero sólo hasta un cierto importe (10.000 euros) y sólo en la primera exoneración concedida al mismo deudor.

Se ha culminado, por el momento al menos, un capítulo más de la muy errática evolución del Derecho español en relación con los efectos de la EPI sobre el crédito público¹¹.

La opción legislativa de situar al crédito público extramuros de la EPI está en abierta contradicción con un sistema de segunda oportunidad eficaz y homogéneo como el que la DMRP pretende establecer en la Unión Europea y, desde esta perspectiva, la norma finalmente aprobada y vigente no consigue, en mi opinión, el objetivo de trasponer la DMRP, que exige a los Estados miembros *"adoptar medidas para reducir los efectos negativos del sobreendeudamiento o la insolvencia sobre los empresarios, permitiendo, en particular, la plena exoneración de deudas después de cierto período de tiempo"* (considerando n.º 73)¹² o garantizar que *"los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas de conformidad con la presente Directiva"* (art. 20.1 DMRP). La DMRP utiliza el concepto de *plena exoneración* en 16 ocasiones¹³.

11 Descrita en AZOFRA VEGAS, F. (2022). La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 7 Extraordinario, pp. 302-305.

12 En este sentido, CUENA CASAS, M. (2021). El régimen de segunda oportunidad en el Anteproyecto de ley de reforma concursal. Pros y contras. *Hay Derecho*, 1 de septiembre de 2021 [en línea] <https://hayderecho.com/2021/09/01/el-regimen-de-segunda-oportunidad-en-el-anteproyecto-de-ley-de-reforma-concursal-pros-y-contras> [Consulta: 20 de septiembre de 2021], 4; DIÉGUEZ OLIVA, R. (2019). El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Especial referencia a los créditos públicos. *Revista de Derecho Patrimonial*, 50, p. 5 y ss. Menos beligerante respecto a la incompatibilidad entre la DMRP y la exclusión del crédito público del alcance de la EPI se muestra FERNÁNDEZ-SEIJO, J. M. (2021). Sobre la no exonerabilidad del crédito público en Anteproyecto de la Ley de reforma de la Ley Concursal. *Práctica de Tribunales*, 152, 1 de septiembre de 2021. Una opinión mucho más complaciente respecto a las exigencias de la DMRP en relación con el crédito público, en LADO CASTRO-RIAL, C. (2022). El crédito público en la ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 7 Extraordinario, pp. 207-209.

13 Considerandos n.º 1, 75, 78 y 82, y arts. 1.10), 20.1, 20.2, 21.1, 21.3, 23.1, 23.2 (tres veces), y 24.1 y 2.

Con el nuevo régimen resultante de la Ley 16/2022, aunque se permite la exoneración de crédito público, sólo lo hace hasta un cierto importe en relación con algunas deudas públicas y sólo para la primera exoneración que obtenga la misma persona física (art. 488.3 y, cansinamente, otra vez en el art. 489.3). Ese importe se fija con carácter general en 10.000 € para las deudas tributarias cuya gestión recaudatoria corresponda a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, otros 10.000 € para las deudas tributarias con las Haciendas Forales¹⁴ y otros 10.000 € para las deudas de Seguridad Social, sin consideración alguna, por tanto, a las circunstancias particulares del deudor (cuánto volumen del crédito tributario o de Seguridad Social ha satisfecho antes de devenir en concurso, cuánto ha atendido en el concurso, qué peso tienen los créditos públicos impagados sobre el total del pasivo, cuántos empleados, acreedores y, en definitiva, *stake-holders* van a quedar perjudicados por el concurso, etc.). El límite de 10.000 € no opera ni siquiera de forma directa y plena, sino que hasta los primeros 5.000 euros la exoneración es íntegra y, a partir de esa cifra, la exoneración es sólo por el 50 % de la deuda hasta el máximo de 10.000 € indicado (art. 489.1.5.^o). Y esos límites cuantitativos y porcentuales, además, no tienen relación, justificación o paralelismo algunos a la vista del tratamiento concursal del crédito público, pues en nuestro Derecho el crédito público puede ser privilegiado, ordinario o incluso subordinado, y ninguna de las clasificaciones del crédito público como privilegiado, ordinario o subordinado tienen cualquier hilazón o vinculación numérica con esos importes y porcentajes. Por tanto, esas delimitaciones cuantitativas, desde esta perspectiva, pueden perfectamente considerarse puramente arbitrarias o caprichosas, sin justificación alguna.

Tampoco la exposición de motivos de la Ley 16/2022 se molesta en tratar de justificar por qué es razonable que el importe de las deudas tributarias cuya gestión recaudatoria corresponda a la AEAT, o a las Haciendas Forales, o las deudas de la Seguridad Social por debajo de 10.000 € se puedan exonerar y no el exceso, por qué no puede exonerarse ni siquiera hasta el límite de estos 10.000 € para estas deudas en la segunda o sucesivas exoneraciones que pretenda el mismo deudor o por qué la exoneración de estas deudas es íntegra para los primeros 5.000 € y sólo por el 50 % a partir de ahí.

La exposición de motivos de la Ley 16/2022 no proporciona la más mínima explicación o justificación de ese sistema de inmunidad cuantitativa del crédito público en la EPI. Es obvio que no puede tenerse por explicación o justificación alguna la única referencia que podemos encontrar en la exposición de motivos, meramente vana y hueca: *"Las excepciones [a la EPI] se basan, en algunos casos, en la especial relevancia de su satisfacción para una sociedad justa y solidaria, asentada en el Estado de Derecho (como las deudas por alimentos, las de derecho público, las deudas derivadas de ilícito penal o incluso las deudas por responsabilidad extracontractual). Así, la exoneración de deudas de derecho público queda sujeta a ciertos límites y solo podrá producirse en la primera exoneración del pasivo insatisfecho, no en las sucesivas"*.

14 La disposición adicional primera del TRLC introducida por la Ley 16/2022 extiende a las Haciendas Forales las referencias a la Agencia Estatal de Administración Tributaria en el TRLC, aplicando el límite de 10.000 € en la exoneración de las deudas por créditos de derecho público que un deudor mantenga con las Haciendas Forales. Por tanto, parecería que el límite máximo de exoneración es de 30.000 €: 10.000 para créditos tributarios con el Estado, 10.000 para créditos tributarios de las Haciendas Forales y 10.000 para deudas de la Seguridad Social.

Existen sociedades justas y solidarias, asentadas en el Estado de Derecho en Finlandia, Holanda, Dinamarca, Reino Unido, etc., pese a que en ellas las deudas de derecho público está expuestas a la EPI de la misma forma que las privadas.

En el apartado III de la exposición de motivos hay un intento de justificación de la inmunidad de la ejecución del crédito público respecto a la suspensión de ejecuciones en la apertura de negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración, citándose los considerandos n.º 33, 34 y 44 de la DMRP. Aunque ninguno de esos considerandos de la DMRP respaldan la inmunidad del crédito público respecto a la paralización de ejecuciones o *stay*, lo que aquí importa es que esa mención al crédito público, la única que puede mínimamente ser considerada una “justificación” del privilegio del crédito público, se refiere a su inmunidad respecto al *stay* y no a su inmunidad respecto a la EPI.

La DMRP contempla excepciones o matizaciones a la plena exoneración de deudas, pero exige siempre justificación. En ninguno de los considerandos de la DMRP en torno a estas excepciones (como el considerando n.º 78, el considerando n.º 79, el considerando n.º 80 o el considerando n.º 81) se contiene referencia expresa alguna al crédito público, ni siquiera a efectos ejemplificativos o explicativos.

El crédito público no figura en la lista de excepciones a la EPI del art. 23.4 DMRP (que, es verdad, es un *numerus apertus*¹⁵) ni en la lista de créditos excluidos de la reestructuración preventiva del art. 1.5 DMRP (esta sí, un *numerus clausus*).

El art. 23.4 DMRP permite a los Estados miembros excluir algunas categorías específicas de la exoneración de deudas, o limitar el acceso a la exoneración de deudas, o establecer un plazo más largo para la exoneración de deudas, pero exige que tales exclusiones, restricciones o prolongaciones de plazos estén “*debidamente justificadas*”. Exigencia que, a la vista del clausulado y de la exposición de motivos de la Ley 16/2022, no se habría cumplido.

Tampoco el antecedente remoto de la DMRP, la Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de abril de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, hace ninguna reserva o salvaguarda expresa a favor del crédito público, e insiste en el concepto de la plena exoneración (véase el considerando n.º 1 o el n.º 20, o sus apartados 30 y 31¹⁶).

15 Aunque el texto español de la DMRP parece sugerir un *numerus clausus* (“[...] en caso de que tales exclusiones, restricciones o prolongaciones de plazos estén debidamente justificadas, en los siguientes casos:”), las demás versiones contienen relaciones enunciativas, no limitativas. Versión francesa: “lorsque ces exclusions, limitations ou délais plus longs sont dûment justifiés, en ce qui concerne notamment”; versión inglesa: “where such exclusions, restrictions or longer periods are duly justified, such as in the case of”; versión portuguesa: “caso essas exclusões, restrições ou prolongamentos de prazos sejam devidamente justificados, nomeadamente no caso:”; versión italiana: “qualora tali esclusioni, limitazioni o termini più lunghi siano debitamente giustificati, come nel caso di:”.

16 “30. Los efectos negativos de la insolvencia para los empresarios deberían limitarse a fin de darles una segunda oportunidad. A los empresarios se les deberían condonar totalmente las deudas incursas en la insolvencia en un plazo máximo de tres años a partir de: a) en el caso de un procedimiento que concluya con la liquidación de los activos del deudor, la fecha en que el órgano jurisdiccional decidió, previa petición, iniciar el procedimiento de insolvencia; b) en el caso de un procedimiento que incluya un plan de reembolso, la fecha en que se inicie la aplicación del plan de reembolso.

31. Al expirar el periodo de condonación, a los empresarios se les deberían condonar de sus deudas sin necesidad, en principio, de volver a recurrir a un órgano jurisdiccional”. El apartado n.º 33 de la Recomendación admitía que la regulación nacional permitiera negar este beneficio al deudor de mala fe, así como excluir algunas categorías de deuda de la exoneración, pero sin mencionar el crédito público: “Los Estados miembros pueden excluir algunas categorías específicas de deuda, como las derivadas de la responsabilidad delictual, de la regla de la condonación total”.

El argumento de que la inexistencia de cualquier mención a favor de la inmunidad del crédito público respecto a la EPI no implica, *per se*, un pronunciamiento en contra de esa inmunidad es sofista, porque no es dable que el legislador comunitario no tuviera en mente la posible (más bien, la probable) existencia de deuda tributaria o de Seguridad Social entre las deudas pendientes de un empresario fracasado. Y si no hizo salvaguarda o reserva especial a favor del crédito público, ese gritante silencio es un argumento más a favor de la no inmunidad del crédito público en la EPI conforme a la orientación programática de la DMRP.

La DMRP permite que se excluyan determinadas categorías de deuda de la exoneración cuando exista una razón debidamente justificada "*con arreglo al Derecho nacional*" (considerando n.º 81), pero difícilmente puede justificarse la exclusión del crédito público español en razones particulares del Derecho español, en especial teniendo en consideración que el Derecho español vigente al tiempo de la aprobación de la DMRP (el art. 178 bis de la Ley Concursal) no excluía al crédito público de la EPI, y tampoco se excluye en el Derecho español anterior a la trasposición de la DMRP, habida cuenta de la opinión generalizada de *ultra vires* del art. 491.1 TRLC anterior a la Ley 16/2022.

Pero es que, además de no existir justificación jurídica alguna para una inmunidad (aunque sea cuantitativa) del crédito público español respecto de la reestructuración preventiva y la segunda oportunidad (como exigiría la exclusión conforme al art. 23.4 DMRP), tampoco es una directriz conveniente desde la mera perspectiva de la eficiencia económica, precisamente porque el Estado es el acreedor más diversificado de todos y esa diversificación, más que amparar la inmunidad desde la perspectiva económica, ampara la contribución neta que corresponde al acreedor público, de la mano del privado, para la resolución de las dificultades que sufre un deudor (*rectius*, un contribuyente): "[...] *el Estado es un acreedor diversificado entre todos los contribuyentes, y por tanto está en principio mejor situado que el resto de acreedores para absorber la pérdida asociada a la exoneración*"¹⁷.

En definitiva, el Derecho español de trasposición de la DMRP, en lo referido a la exoneración del crédito público, incumple frontalmente, en mi opinión, la DMRP al contemplar una inmunidad o limitación al sistema de plena exoneración de las deudas de los empresarios que la DMRP impone a los Estados miembros que carece de justificación alguna conforme al Derecho nacional (ni expresa, ni tácita) y que invierte, además, el Derecho español vigente tanto al tiempo de aprobación de la DMRP (art. 178 bis Ley Concursal de 2003) como al tiempo de entrada en vigor de la norma de transposición de la DMRP (si damos por buena la mayoritaria opinión de *ultra vires* del art. 494.1 TRLC anterior a la Ley 16/2022, a la vista del Derecho vigente previo a la refundición).

17 GARCÍA-POSADAS GÓMEZ, M. (2020). *Análisis de los procedimientos de insolvencia en España en el contexto de la crisis del Covid-19: Los concursos de acreedores, los preconcursos y la moratoria concursal*. Banco de España, Documentos Ocasionales n.º 2029, 26.

4. Revocación de la exoneración

El 493.1.2.º (a diferencia de lo que proponía la comisión de expertos) rebaja de cinco a tres años el plazo desde la exoneración mediante liquidación de la masa activa o desde la exoneración provisional mediante plan de pagos en que, ante acaecimiento de las circunstancias de "*mejora de fortuna*" allí relacionadas, se habilita la revocación (total o parcial) de la EPI, sin hacer una reserva para ampliar ese plazo a cinco años en el caso de que la duración del plan sea de cinco años.

De la misma forma, el art. 493.2 fija en tres años el plazo máximo para solicitar la revocación, desde la exoneración provisional mediante plan de pagos, o desde la exoneración con liquidación de la masa activa. El considerando n.º 80 y el art. 23.3 DMRP admiten que el plazo general de tres años se alargue, o que la revocación se permita durante plazos más largos, en circunstancias "*bien definidas*" y "*debidamente justificadas*". Por eso, el plazo de cinco años que proponía la comisión de expertos era mucho más atinado.

Con la redacción propuesta por la Ley 16/2022, la mejora de fortuna a partir del tercer aniversario no puede justificar la revocación de la EPI ni siquiera cuando el plan tenga una duración alargada de cinco años por concurrir las circunstancias especiales del art. 497.2. Esta consecuencia es criticable, porque no parece razonable que, siendo el riesgo de los acreedores mayor en los planes a cinco años, queden privados de la revocación de la EPI por una mejora de fortuna que ocurre en los dos últimos años del plan. O cuando se acredite, en los dos últimos años del plan, que el deudor ha ocultado bienes o derechos o ingresos (art. 493.1.1.º).

Bibliografía

- AZOFRA VEGAS, F. (2022). La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 7 Extraordinario, pp. 281-316.
- CUENA CASAS, M. (2021). El régimen de segunda oportunidad en el Anteproyecto de ley de reforma concursal. Pros y contras. *Hay Derecho*, 1 de septiembre de 2021 [en línea] <https://hayderecho.com/2021/09/01/el-regimen-de-segunda-oportunidad-en-el-anteproyecto-de-ley-de-reforma-concursal-pros-y-contras> [Consulta: 1 de septiembre de 2022], 5 pp.
- CUENA CASAS, M. (2021). Comentario al art. 501. En VEIGA COPO, A. B. (dir.) y MARTÍNEZ MUÑOZ, M. A. (coord.): *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*. Cizur Menor: Aranzadi, t. II, pp. 983-985.
- DIÉGUEZ OLIVA, R. (2019). El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Especial referencia a los créditos públicos. *Revista de Derecho Patrimonial*, 50, 14 pp.
- FERNÁNDEZ-SEIJO, J. M. (2021). Sobre la no exonerabilidad del crédito público en Anteproyecto de la Ley de reforma de la Ley Concursal. *Práctica de Tribunales*, 152, 17 pp.
- GARCÍA-POSADAS GÓMEZ, M. (2020). *Análisis de los procedimientos de insolvencia en España en el contexto de la crisis del Covid-19: Los concursos de acreedores, los preconcursos y la moratoria concursal*. Banco de España, Documentos Ocasionales n.º 2029, 38 pp.
- LADO CASTRO-RIAL, C. (2022). El crédito público en la ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 7 Extraordinario, pp. 173-211.

LA REFORMA CONCURSAL DE 2022, LA MORATORIA CONCURSAL Y LOS INCENTIVOS A INSTAR EL CONCURSO¹

Jorge Azagra Malo, Fernando Gómez Pomar y Adrián Segura Moreiras

Jorge Azagra y Fernando Gómez son abogados de las Áreas de Derecho Público, Procesal y Arbitraje y de Mercantil, respectivamente de Uría Menéndez, mientras que Adrián Segura es profesor asociado de economía de la Universitat Pompeu Fabra

La reforma concursal de 2022, la moratoria concursal y los incentivos a instar el concurso

La reciente reforma concursal aprobada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, no solo introduce los planes de reestructuración mediante la trasposición de la Directiva de reestructuraciones e insolvencias, sino que busca también reducir los costes asociados al concurso, con el fin de hacerlo más atractivo. En buena medida, el éxito en el cumplimiento de este segundo objetivo queda supeditado a los incentivos en la elección del concurso como un mecanismo ordenado y eficiente. Este trabajo analiza esta cuestión incidiendo especialmente en las vicisitudes del deber del deudor de instar la declaración de concurso, poniendo especial atención en lo acontecido entre el inicio de la denominada "moratoria concursal" en marzo de 2020 y la entrada en vigor de la reforma concursal el pasado 26 de septiembre de 2022.

PALABRAS CLAVE:

REFORMA CONCURSAL, MORATORIA CONCURSAL.

¹ Los autores quieren agradecer los comentarios de Sheila Canudas.

The spanish insolvency reform approved by law 16/2022, the insolvency moratorium and incentives offered to choose insolvency proceedings

The recent insolvency reform approved by Law 16/2022 not only introduces restructuring plans by transposing the EU Restructuring and Insolvency Directive, but also aims to reduce the costs associated with insolvency proceedings to make them a more attractive alternative. Success in achieving the latter objective depends to a large extent on the incentives offered to choose insolvency proceedings as a course of action. This article analyses these issues with a particular emphasis on the debtor's duty to request the declaration of insolvency, and the events that took place from the beginning of the insolvency moratorium in March 2020 until the entry into force of the Insolvency Law Reform on 26 September 2022.

KEYWORDS:

INSOLVENCY REFORM, INSOLVENCY MORATORIUM.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-10-2022

Azagra Malo, Jorge; Gómez Pomar, Fernando; Segura Moreiras, Adrián (2022). La reforma concursal de 2022, la moratoria concursal y los incentivos a instar el concurso. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 246-274 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

La reforma del régimen concursal español operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre (en adelante, la "Reforma concursal"), se declara tributaria de una doble constatación ligada al (relativo) fracaso de las múltiples y sucesivas modificaciones de la normativa concursal española. Desde luego, la sensación de insatisfacción con el funcionamiento del derecho español en su tratamiento de las dificultades financieras de las empresas no es nueva, pues tan numerosos han sido los intentos de aquilatar el régimen concursal español y de conjurar sus percibidas deficiencias que la frase "*La historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas*" constituye el arranque de la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal.

Las insuficiencias a las que se refiere la Reforma concursal se proyectan sobre dos ámbitos: los institutos preconcursales, de un lado, y la contribución del concurso a la recuperación o, en su caso, a la liquidación ordenada de empresas, de otro.

En cuanto a la primera, la exposición de motivos de la Ley 16/2022 señala como una carencia de nuestro derecho concursal y paraconcursal el reducido uso de los instrumentos preconcursales, enfatizando el fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos dirigido a las pequeñas y medianas empresas². En efecto, solo se iniciaron 93 acuerdos extrajudiciales de pagos para empresas en 5 años (entre marzo de 2015 y marzo de 2020) y las empresas que han acudido a este instrumento muestran ratios financieros muy similares a las que entran en concurso, lo que parece indicar que

² Véase, CELENTANTI, Marco; GÓMEZ POMAR, Fernando (2020). Concursos y pre-concursos de personas físicas, autónomos y microempresas. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3, pp. 1-10.

el acuerdo extrajudicial de pagos no habría servido para canalizar la reestructuración de deuda de empresas con mayor viabilidad que las que concursan³.

Por lo que se refiere a la segunda, la exposición de motivos destaca igualmente que el recurso al concurso de acreedores como procedimiento para canalizar la crisis empresarial también es inferior, en términos comparados, al de otros países de nuestro entorno⁴. Se señala igualmente que en España, además, cuando las empresas recurren al concurso lo hacen en una situación de precariedad financiera en avanzado estado, lo que dificulta la posibilidad de ofrecer soluciones que hagan viable la continuidad de la empresa así como de su negocio (o unidad productiva).

De hecho, la Reforma concursal se puede leer en clave de intento de solución de ambos problemas simultáneamente. Por una parte, mejorar los instrumentos preconcursales para hacerlos más atractivos y eficientes a fin de incrementar las posibilidades de suscribir los ahora denominados planes de reestructuración que permitan superar las situaciones de insolvencia o de riesgo de insolvencia de las empresas. Por otra, reducir los costes del procedimiento concursal, en particular para las pequeñas y medianas empresas y, en general, aumentar la eficiencia del concurso para ayudar a las empresas en crisis y, sobre todo, para liquidar de forma ordenada sus activos si la continuidad de la empresa no es viable.

En principio cabría pensar que esta doble pretensión encierra una cierta contradicción, un elemento de incoherencia entre la persecución de ambos objetivos al mismo tiempo. La razón esdraría en el hecho de que los acuerdos preconcursales entre deudor y acreedores y el procedimiento concursal parecen presentarse como sustitutivos: si el mayor atractivo de los acuerdos de reestructuración merced a los cambios en su diseño y operativa legales conducen a que más deudores y acreedores hagan uso de ellos con resultado satisfactorio, menos empresas en dificultades terminarán en concurso⁵. En sentido opuesto, cuanto menores sean los costes e inconvenientes del concurso (tanto costes directos —incluyendo los reputacionales— como de destrucción de valor del negocio durante el procedimiento formal de insolvencia declarada), menos atractivo en términos relativos tendrán los institutos preconcursales sobre los procedimientos concursales.

Existen, sin embargo, aproximaciones distintas a esta relación entre institutos preconcursales y procedimientos concursales que destacan precisamente los elementos de complementariedad entre ellos⁶. Un sistema concursal eficiente, que es utilizado con frecuencia por las empresas en dificultades y que preserva el valor del negocio (sea mediante un convenio concursal que permite la subsistencia de la empresa o a través de una liquidación ordenada de sus activos y que puede incluso permitir el mantenimiento de su unidad productiva) incentiva —y no al contrario— que

3 Véase, VAN HEMMEN, Stefan (2020). *Estadística concursal. Anuario 2019*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

4 De nuevo, se trata de una importante realidad que venía señalando la doctrina desde hace años: CELENTANI, Marco, GARCÍA-POSADA, Miguel; GÓMEZ POMAR, Fernando (2010). El enigma de los concursos empresariales en España y la crisis. En S. BENTOLILA, M. BOLDRIN, J. DÍAZ-GIMÉNEZ, J. J. DOLADO (editores), *La Crisis de la Economía Española: Análisis Económico de la Gran Recesión*. FEDEA Monografías.

5 GERTNER, Robert; SCHARFSTEIN, David (1991). A theory of workouts and the effects of reorganization law. *Journal of Finance*, 46, pp. 1189 y ss.; FAVARA, Giovanni; SCHROTH, Enrique, VALTA, Philip (2012). Strategic default and equity risk across countries. *The Journal of Finance*, 67, pp. 2051-2095.

6 DONALDSON, Jason Roderick; MORRISON, Edward R.; PIACENTINO, Giorgia; YU, Xiaobo (2022). Restructuring v. Bankruptcy. *Columbia Law and Economics Working Paper*, 630.

los deudores y los acreedores puedan llegar a acuerdos de reestructuración. Solo si el recurso al procedimiento concursal por parte de los deudores es una posibilidad creíble para estos (y eso requiere que los costes y las ineficiencias del concurso no sean demasiado elevados) los deudores podrán asumir contrapartidas creíbles y ventajosas para con sus acreedores a fin de que estos consientan en la reestructuración de la deuda que permite la continuidad de la actividad de la empresa. Cuando el sistema concursal es ineficiente y costoso, nos encontramos con que la situación de equilibrio es una en que se observan a la vez muy pocos concursos y muy pocos acuerdos de reestructuración.

Desde este punto de vista, una cuestión que se antoja entonces de gran trascendencia para lograr el doble objetivo de la Reforma concursal es la de los incentivos a solicitar el concurso y las reglas que pueden incrementar o diluirlos. De ello nos ocupamos en este trabajo, incidiendo especialmente en las vicisitudes del deber de instar la declaración de concurso y, singularmente, en lo sucedido entre el inicio de la denominada "moratoria concursal" en marzo de 2020 y la entrada en vigor de la reforma concursal el pasado 26 de septiembre de 2022.

En derecho español, antes y después de la Reforma concursal, existe un deber legalmente impuesto de solicitar el concurso "*dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual*" (art. 5.1 TRLC). La relevancia de este deber se explica, en buena medida, por las consecuencias vinculadas a su incumplimiento⁷.

Durante el período excepcional del estado de alarma, el Gobierno español aprobó diferentes normas de urgencia. Entre estas disposiciones legales se incluyeron medidas que pretendían desincentivar o, acaso mejor, eludir, los procedimientos reglados de insolvencia. En ese sentido, cabe destacar que la obligación general de los deudores de instar el concurso de acreedores a los dos meses de encontrarse en estado de insolvencia actual fue temporalmente desactivada: primero durante el estado de alarma⁸, luego hasta finales de 2020⁹, posteriormente hasta el 14 de marzo de 2021¹⁰, el 31 de diciembre de 2021¹¹ y finalmente hasta el 30 de junio de 2022¹².

7 Como se destacó en AZAGRA MALO, Jorge y GARCÍA MARTÍN, David (2022). Los atrapados en el impasse entre el fin de la moratoria concursal y la entrada en vigor de la reforma concursal. *Apuntes de la reforma concursal en <https://www.uria.com/es/publicaciones/8080-los-atrapados-en-el-impasse-entre-el-fin-de-la-moratoria-concursal-y-la-entrada>*, "La presentación tardía de la solicitud de concurso comporta que el concurso de acreedores se presuma culpable, salvo prueba en contrario. Dicha calificación, si el deudor es una persona jurídica, puede determinar que sus administradores sean condenados a responder personalmente del déficit concursal, entre otros posibles efectos. Asimismo, si el deudor es una persona natural, puede impedir que acceda a la exoneración del pasivo insatisfecho, salvo que el juez, atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso, decida concederlo".

8 Artículo 43 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, sobre medidas extraordinarias urgentes para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19.

9 Artículo 11 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, más tarde convertido en la Ley 3/2020 de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

10 Real Decreto-ley 24/2020, de 17 de noviembre, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial.

11 Esta extensión fue introducida por la disposición final séptima del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo.

12 Esta disposición final está contenida en el artículo tercero del Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, que extiende ciertas medidas económicas para apoyar la recuperación.

También se extendió sucesivas veces la suspensión del deber de disolución por pérdidas del artículo 363 LSC^{13,14}.

En España, junto con estas normas de urgencia se implementaron una serie de medidas impulsadas tanto por el Gobierno central como por los respectivos Gobiernos autonómicos, con el fin de intentar mitigar los efectos económicos traumáticos que la pandemia había comportado en muchos agentes económicos del país.

Las medidas de estímulo fiscal adoptadas por las autoridades españolas fueron similares a las de sus homólogos europeos (con la excepción de los subsidios directos, que en España se desplegaron tardía y renuente en comparación con otros países de nuestro entorno) a raíz de la crisis causada por la pandemia¹⁵. Los incentivos fiscales se tradujeron esencialmente en ayudas para los desempleados que temporalmente¹⁶ habían perdido su trabajo debido a los efectos directos de la pandemia sobre muchos sectores productivos. Con ellos se evitaba una destrucción de empleo más acusada. Para ayudar a las empresas que sufrían problemas de liquidez se concedieron líneas de financiación. Adicionalmente, se posibilitó el aplazamiento de algunas obligaciones tributarias, como el pago de impuestos y contribuciones sociales. Todo ello bajo el supuesto de que la pandemia constituía un choque sistémico con efectos solamente temporales.

La pandemia se prolongó más de lo que inicialmente se presagiaba. Por ello, algunas de estas políticas se reorientaron precisamente para intentar mitigar los efectos a medio o largo plazo. La primera y súbita crisis de liquidez provocada por cierres y paralizaciones de actividades se transformó gradualmente para muchos sectores en una crisis de solvencia que ha acabado comprometiendo la estabilidad financiera de un número muy relevante de empresas¹⁷.

El levantamiento de la moratoria concursal a finales de junio de 2022 supuso que, para aquellos deudores que se encontraran en ese momento en un estado de insolvencia actual, el plazo legal de dos meses para solicitar el concurso concluyera a finales de agosto de 2022, a salvo la comunicación de apertura de negociaciones. 26 días después, la Reforma concursal entró en vigor.

13 Sobre la suspensión de este deber, véase CAMPINS VARGAS, Aurora (2021). Disolución de sociedades y pandemia. Especial referencia a la disolución y responsabilidad de los administradores por pérdidas cualificadas. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Extra 2, pp. 315-317.

14 Sobre la relación entre las obligaciones societarias (como la prescrita en el art. 363 LSC) y las de naturaleza concursal, con especial atención al periodo de la pandemia, véase PÉREZ BENITO, Jacinto José (2022). Las moratorias concursal y societaria. Efectos y coordinación. *La LEY Insolvencia*, 13, julio-septiembre, pp. 6-7.

15 Una exposición más amplia de estas medidas que incluye una comparativa con las adoptadas por otros países europeos puede encontrarse en FEDEA, abril de 2021 (DE LA FUENTE, Ángel; ARRUÑADA, Benito; BERMEJO, Núria; CERQUEIRA, Olga; CERVERA, Marta; FERNÁNDEZ SEIJO, José María; FLORES, Marta; GARCIMARTÍN, Francisco; VAN HEMMEN, Stefan; MARISTANY, Jordi; RUBIO SANZ, Javier (2021). ¿Cómo ayudar a las empresas en la crisis del Covid? *FEDEA Policy Papers*, 5, pp. 1-34.

16 En relación con las medidas de soporte al empleo durante la pandemia véanse, entre otros, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo; el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre; y el Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero.

17 Se estima que aproximadamente 207.000 empresas españolas se han visto obligadas a cerrar durante la pandemia.

Aunque la voluntad del legislador era hacer coincidir el fin de la moratoria con la entrada en vigor de la Reforma concursal, finalmente no fue así y se ha generado un desajuste temporal¹⁸. No obstante, el éxito de la Reforma concursal —al menos en los primeros tiempos— en conjugar a la vez un incremento en el uso satisfactorio de los institutos preconcursales y unos mayores niveles de utilización de los procedimientos concursales por las empresas en dificultades se verá marcado por cómo ha incidido la moratoria concursal en los incentivos a solicitar el concurso.

2. El escaso uso del concurso en España: evidencia comparada

En este apartado se muestran algunos datos comparativos del número de procedimientos concursales así como de su evolución en diferentes países europeos. Estas cifras muestran cómo el uso del concurso de acreedores en España ha sido históricamente residual en comparación con otras economías europeas.

Los datos confirman la impresión que algunos operadores jurídicos tienen de que España es un país con una ratio de solicitud de concursos muy baja. Esta situación no es nueva. De hecho, la falta de utilización del concurso por las empresas en dificultades caracteriza la dinámica empresarial española desde hace décadas¹⁹, mucho antes de que el legislador comunitario y el español hayan prestado interés creciente a la fase preconcursal y hayan intentado fomentar el recurso a los institutos preconcursales. Este trabajo se centra en el periodo que comprende la moratoria concursal que se dio en España como consecuencia de la pandemia, pero es preciso recordar que, para entender cabalmente la evolución española en relación con otros países cercanos, el número de empresas concursadas en España ha sido y es sustancialmente inferior al de la mayoría de nuestros países vecinos²⁰.

2.1. Perspectiva comparada

Centrando la atención en el período de tiempo inmediatamente previo y posterior al estallido de la crisis de la COVID-19, podemos obtener algunas conclusiones de interés.

En primer lugar, cabe destacar que en Francia, Reino Unido, Alemania, Bélgica o Países Bajos, el comienzo de la pandemia comportó una moderación sustancial (cuando no una disminución) del

18 Sobre las posibles consecuencias de este *impasse*, AZAGRA MALO, Jorge y GARCÍA MARTÍN, David (2022). Los atrapados en el *impasse* entre el fin de la moratoria concursal y la entrada en vigor de la reforma concursal. *Apuntes de la reforma concursal* en <https://www.uria.com/es/publicaciones/8080-los-atrapados-en-el-impasse-entre-el-fin-de-la-moratoria-concursal-y-la-entrada>.

CAMPINS VARGAS, Aurora (2021). Disolución de sociedades y pandemia. Especial referencia a la disolución y responsabilidad de los administradores por pérdidas cualificadas. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Extra 2, pp. 315-317.

19 Ver CELENTANI, Marco; GARCÍA-POSADA, Miguel; GÓMEZ POMAR, Fernando (2010). The Spanish corporate bankruptcy puzzle and the crisis. *FEDEA Working Papers*, pp. 1-44.

20 Por ejemplo, Francia tuvo en 2013 más de 60.000 procedimientos de insolvencia, lo que es aproximadamente —en términos absolutos— siete veces el número de procedimientos de insolvencia en España en el mismo período. Alemania, aproximadamente 2,5 veces más procedimientos de insolvencia en 2013 que España. En Bélgica, hubo aproximadamente 1,4 veces más procedimientos que en España en ese año.

número de empresas incursas en procedimientos concursales. A diferencia de lo que se verá para el caso español, los datos disponibles no parecen mostrar ningún aumento significativo en el uso de dichos procedimientos tras la crisis de la COVID-19. Más bien todo lo contrario.

Hay tres posibles explicaciones complementarias para esta moderación evidenciada en estos países. Primero, las medidas de ayuda ofrecidas por los Estados para frenar los efectos más inmediatos de la pandemia²¹ y para frenar la posible ola de insolvencias provocadas por la crisis de la COVID-19 podrían haber sido efectivas, evitando que las empresas llegaran a la insolvencia. Segundo, los efectos reales de la pandemia en todas estas economías todavía podrían no haberse hecho del todo visibles. Ante este escenario, las empresas podrían empezar a usar el sistema de insolvencia como “chaleco salvavidas”, pero únicamente tras el levantamiento progresivo de las medidas de apoyo financiero²² adoptadas por los diferentes países. Tercero, que la mayoría de los países hayan tenido períodos de moratoria o de suspensión de la obligación de solicitar el concurso más cortos que España o, incluso, inexistentes²³, podría indicar que sus sistemas de gestión judicial de la insolvencia estaban en condiciones de operar de manera correcta desde el primer momento de la crisis de la COVID-19. Así, habrían eludido el riesgo de que sus sistemas se congestionaran con miles de peticiones a las que no se puede dar respuesta en un plazo razonable, evitando también que empeorase la situación de las empresas insolventes que necesitaban de una reestructuración urgente.

En contraste con lo que puede observarse en Francia, Bélgica, o Países Bajos, España²⁴ experimentó a principios del 2021 un aumento en el número de concursos declarados. De todos modos, este aumento debe situarse en el contexto del sistema concursal español. Es decir, en un escenario general de escaso recurso al concurso por parte de las empresas españolas en dificultades, singularmente las de pequeño tamaño. Cabría esperar acaso que, ante una crisis de la magnitud de la abierta en 2020, las ratios de declaración de concurso se aproximaran a las experimentadas en 2012.

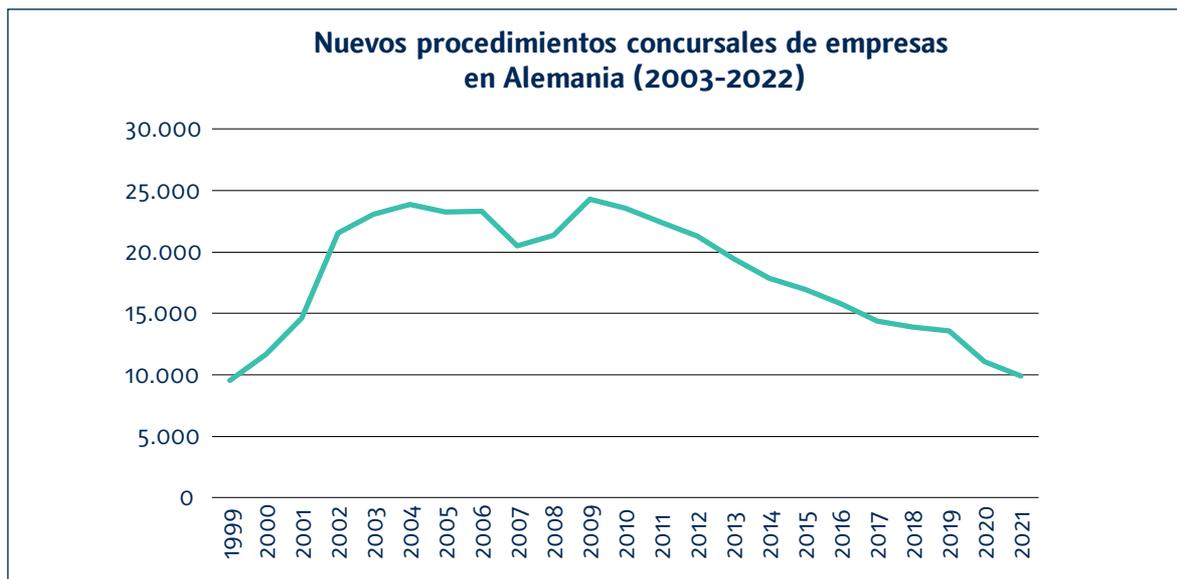
21 En términos de GURREA-MARTÍNEZ, Aurelio (2021). The Future of Insolvency Law in a Post-Pandemic World. *International Insolvency Review*, pp. 1-18, la “fase de hibernación”.

22 Tal y como explica en detalle Gurrea-Martínez (2021), el ritmo en el que los países decidieron cambiar de estrategia regulatoria con el fin de adentrarse en la fase de recuperación fue dispar. Los primeros en hacerlo fueron Singapur, Alemania y Australia, que adoptaron como primera medida enfocada hacia esa nueva fase el levantamiento de la suspensión de los derechos de los acreedores a exigir el cobro de las deudas.

23 Ver *infra* los períodos de moratoria adoptados por los diferentes países europeos.

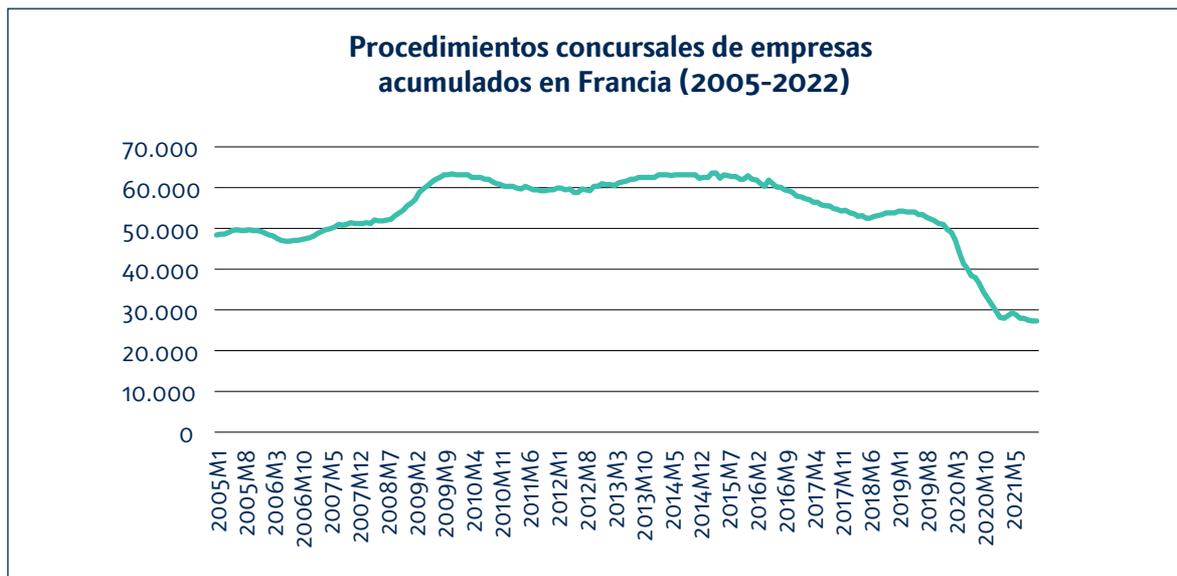
24 España es uno de los países que ha experimentado un mayor crecimiento cumulativo relativo en la insolvencia entre 2019 y 2021. Más detalles en <https://group.atradius.com/publications/economic-research/insolvency-increases-expected-as-support-ends.html> (última consulta, 9 de junio de 2022).

GRÁFICO 1



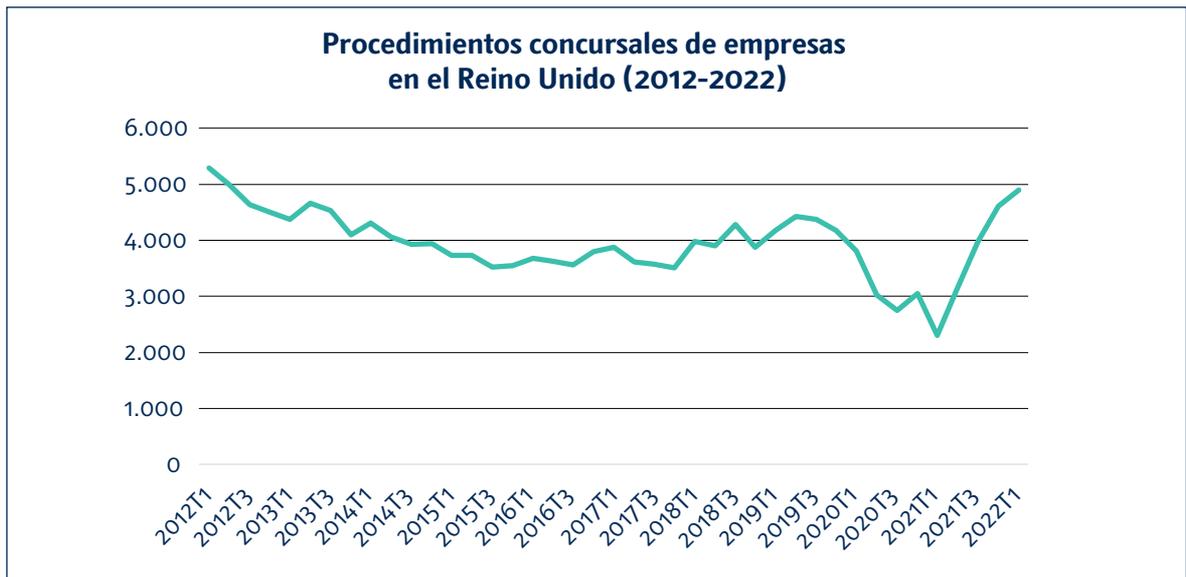
Fuente: Elaboración propia con datos de la Oficina Federal de Estadística, Wiesbaden (<https://www-genesis.destatis.de/genesis//online?operation=table&code=52411-0002&bypass=true&levelindex=0&levelid=1641298743913#abreadcrumb>).

GRÁFICO 2



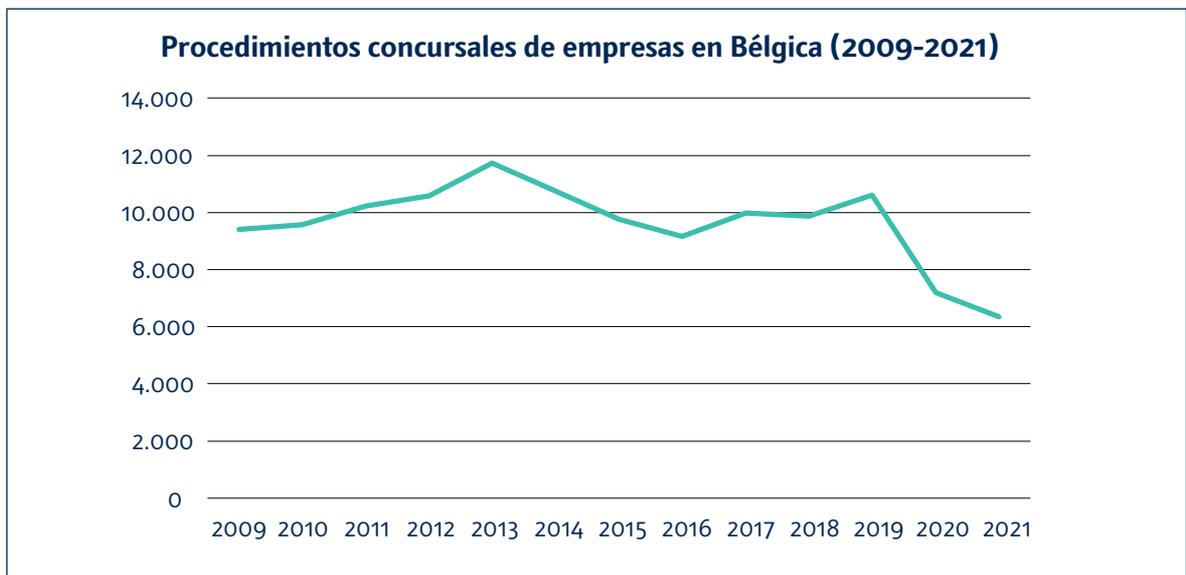
Fuente: Elaboración propia con datos del Banco de Francia (<http://webstat.banque-france.fr/en/#/node/5384230>).

GRÁFICO 3



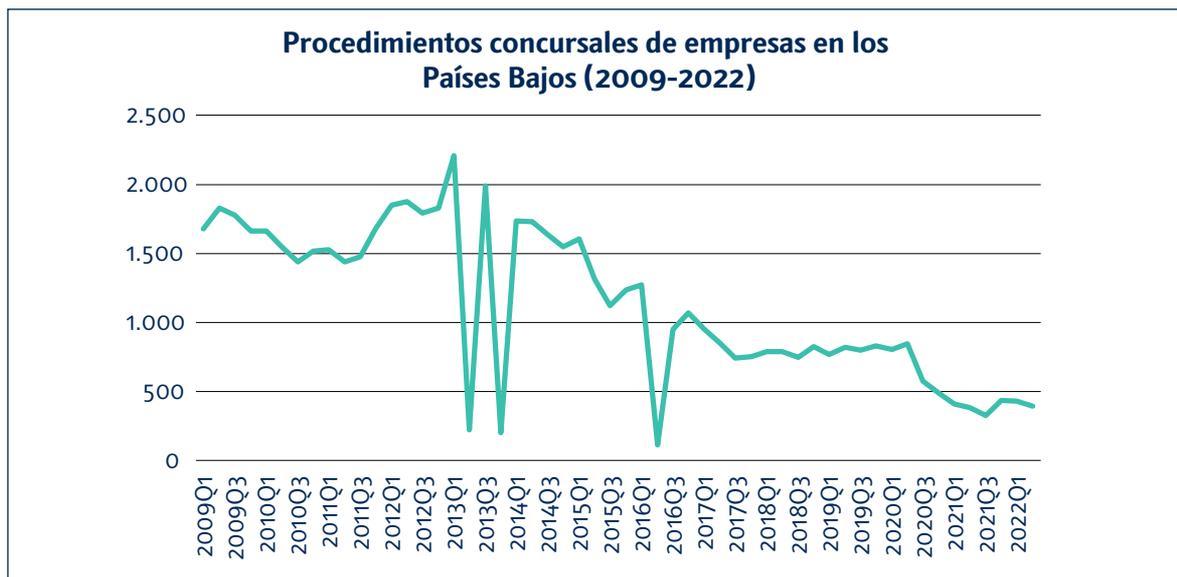
Fuente: Elaboración propia con datos del Servicio Oficial de Estadística sobre Insolvencia de UK (<https://www.gov.uk/government/collections/insolvency-service-official-statistics>).

GRÁFICO 4



Fuente: Elaboración propia con datos de Statbel – Dirección General de Estadística de Bélgica (<https://bestat.statbel.fgov.be/bestat/crosstable.xhtml?view=f00cf502-ee2f-48a8-8b1a-0b323f02350b>).

GRÁFICO 5



Fuente: Elaboración propia con datos del Centro Nacional de Estadística de los Países Bajos (Centraal Bureau van Statistiek; CBS): <https://www.cbs.nl/en-gb/news/2022/06/fewer-bankruptcies-in-january>.

En síntesis, aquellos países en los que la tasa histórica de concursos de empresas ha sido notablemente más alta que en España, como son, entre otros, Francia, Reino Unido²⁵, Alemania o Bélgica, acaso la moratoria concursal haya podido ser efectiva para frenar el aluvión de solicitudes que se habrían producido a partir de los primeros meses del año 2020.

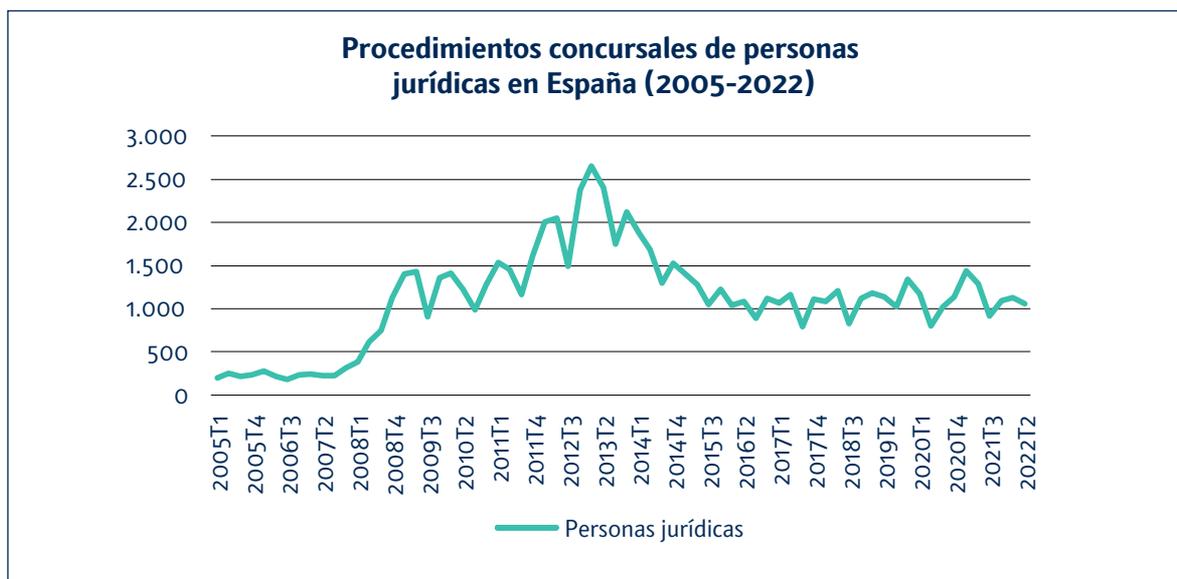
Sin embargo, en el caso español se observa una dinámica de crecimiento en las declaraciones de concurso, a pesar de que la moratoria concursal ha seguido vigente hasta junio de 2022. Una posible explicación de esta diferencia es que existe cierta relación con el número absoluto de concursos en España y sus fluctuaciones. Al ser el *stock* de concursos sustancialmente menor en España que en la mayoría de los países de nuestro entorno, cualquier variación positiva, pero poco relevante en términos absolutos, se traduciría en un crecimiento proporcional significativo. Ello podría estar sugiriendo que el aumento experimentado en España durante el periodo de la moratoria concursal es el resultado de una variación marginal en un sistema concursal que está, en toda circunstancia o situación, seriamente infrautilizado. Pero es posible que existan otros factores coyunturales (menores ayudas directas para paliar los efectos de la pandemia o mecanismos de reestructuración extra- o paraconcursal menos eficientes).

La evolución del número de concursos de empresas declarados en España indica que el máximo pico de concursos se observa a finales de 2012. Este máximo histórico es la única ocasión en el período estudiado (2005-2020) en que se superaran los 2.500 concursos voluntarios.

²⁵ En Reino Unido desde el pasado año —coincidiendo con el levantamiento del periodo de suspensión creado por la moratoria— se está produciendo un apreciable crecimiento en el número de solicitudes de concurso.

Desde 2013 y hasta prácticamente mediados de 2017, la tendencia fue decreciente. Desde 2017 y hasta el inicio de la pandemia, los concursos aumentaron de manera discreta hasta el primer trimestre de 2020, en el que se produjo una notable disminución²⁶, siendo entonces el número de procedimientos voluntarios cercano a los 1.000. En el segundo trimestre de 2020 los números crecieron sustancialmente, regresando a cifras cercanas a las observadas en 2012. Esta tendencia creciente se mantuvo durante los dos primeros trimestres de 2021, mientras que en el tercer trimestre de 2021 los datos muestran una disminución significativa. En los primeros meses de 2022 la tendencia bajista se suavizó, si bien se prevé un incremento notable en los próximos meses, una vez ya en vigor la Reforma Concursal.

GRÁFICO 6



Fuente: Elaboración propia con datos del Instituto Español de Estadística (INE) hasta 2020 y a partir de 2021 con los datos facilitados por parte del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España: (https://www.ine.es/dynqs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550).

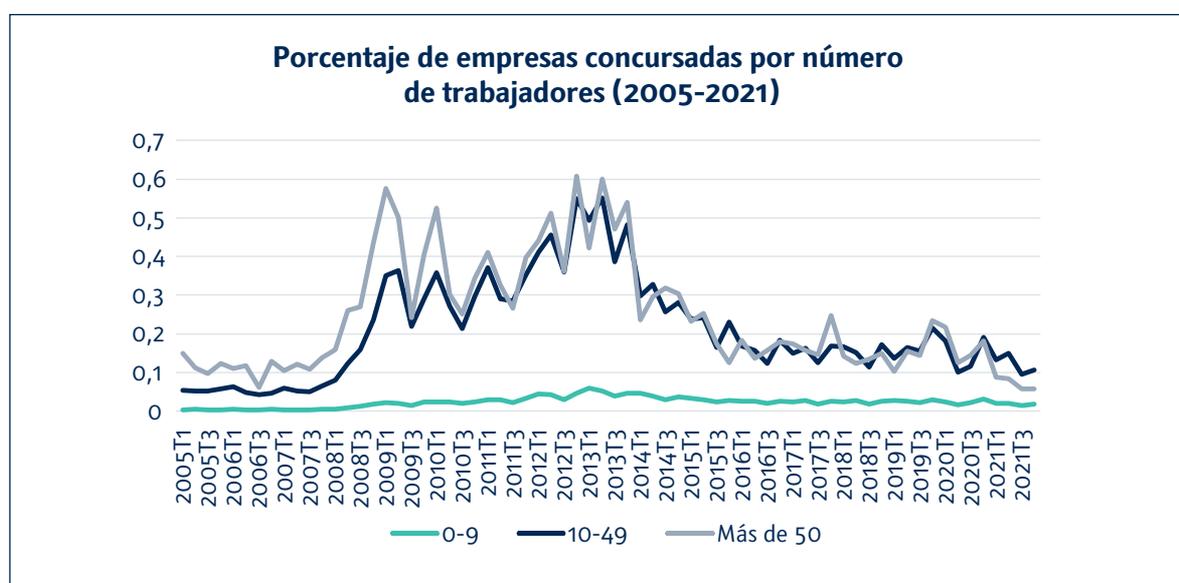
La distribución relativa de empresas concursadas nos muestra que la mayor parte de las empresas que solicitan concurso tienen en plantilla más de nueve trabajadores. Esto concuerda con la idea de que, por lo menos hasta la fecha (veremos qué sucede con el nuevo procedimiento especial para microempresas), el concurso de acreedores en España es raramente utilizado por empresarios individuales, autónomos o microempresas²⁷. Esta diferencia —con respecto a las empresas con menos de nueve trabajadores— se intensifica en aquellos períodos con un mayor número de concursos (por ejemplo, como sucede en 2013). La distribución de las empresas insolventes con

²⁶ Probablemente, coincidiendo con el período de suspensión de plazos procesales que se incluía en la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 463/2020, de 14 de marzo.

²⁷ Este hecho ya ha sido destacado anteriormente por CELENTANI, Marco; GÓMEZ POMAR, Fernando (2020), entre otros.

más de 50 trabajadores guarda gran similitud con la que se refiere al número relativo de empresas insolventes con más de 10 pero menos de 50 trabajadores. La única diferencia sustancial entre estas dos series parece darse durante los primeros años de la crisis financiera que experimentamos en España desde 2008. Durante esos primeros años de la crisis, la proporción de empresas con más de 50 trabajadores inmersas en un procedimiento concursal es sustancialmente mayor que aquellas que disponen de entre 10 y 49 trabajadores. Las diferencias se reducen posteriormente, pero la tendencia no parece haberse visto alterada apreciablemente con la crisis provocada por la pandemia.

GRÁFICO 7



Nota: Hay un cierto número de empresas que el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España no ha podido catalogar por tramo de asalariados. Por motivos ilustrativos, hemos eludido la representación de este subconjunto.

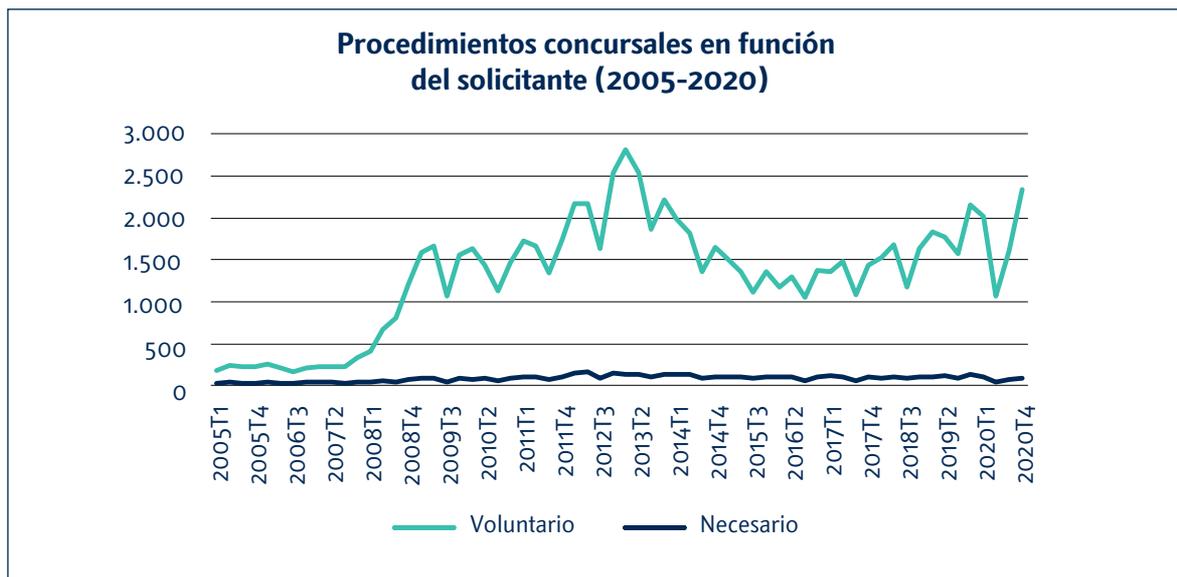
Fuente: Elaboración propia con datos del Instituto Español de Estadística (INE) y a partir de 2021 con los datos facilitados por parte del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España: (https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550).

Adicionalmente, cabe destacar que el número de concursos necesarios²⁸ con respecto a los concursos voluntarios en España es, y ha sido históricamente, especialmente bajo²⁹.

28 Sobre el procedimiento de solicitud a instancia del acreedor y otros legitimados, así como de los requisitos exigidos para dicho trámite, véanse los artículos 13 y siguientes del TRLC.

29 Los costes y los riesgos —entre ellos la posible indemnización (artículo 27 del TRLC) al deudor por la liquidación de daños y perjuicios producidos por la desestimación de la declaración del concurso— que asumen los acreedores que quieran instar un concurso suelen ser superiores al beneficio que pueden obtener de la declaración del concurso. Tras la Reforma concursal, el artículo 24.2 del TRLC prevé que no se impondrán las costas al acreedor solicitante del concurso necesario si el crédito del que fuera titular hubiera vencido seis meses antes de la presentación de la solicitud, salvo caso de temeridad o mala fe. Quizás este cambio impacta en esta realidad.

GRÁFICO 8



Fuente: Elaboración propia con datos del Instituto Español de Estadística (INE): (https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550).

La Reforma concursal aborda esta situación. En particular, pretende reducir los plazos para tramitar la solicitud de concurso necesario, salvaguardando, no obstante, el valor de esta institución (por ejemplo, al fijarla como uno de los límites temporales para la posibilidad de reestructuración de la empresa).

3. Moratoria concursal: función y objetivos

La moratoria concursal consiste en la suspensión del deber legal de solicitar la declaración de concurso al deudor que se halla en situación de insolvencia actual.

Ante una situación sobrevenida y no anticipada que obedece a causas exógenas a la situación financiera de los deudores, una herramienta de esta naturaleza supone ofrecer una dispensa legal al deber de instar el concurso. Sirve, en síntesis, para dotar de mayor margen de tiempo a las empresas viables (pero en dificultades por los efectos de la circunstancia externa adversa) para superar los desajustes padecidos en su tesorería y hacer frente a sus obligaciones exigibles a corto plazo. Con ello se evita así su concurso de acreedores.

La crisis de la COVID-19 ha supuesto un impacto negativo intenso e inesperado que ha mermado los ingresos de empresas y familias. Este es un claro ejemplo de una situación "incontrolable"³⁰

³⁰ En tanto que se trata de una situación cuya aparición y entidad se halla fuera del control de los agentes económicos, lo único que estaría a su alcance es cómo afrontar los posibles efectos que la situación incontrolable puede provocar.

que reduce la capacidad de los potenciales deudores para responder a sus obligaciones. En tal situación, la moratoria resulta idónea para evitar la activación innecesaria de la maquinaria del sistema concursal para un problema que reviste en principio carácter transitorio. Si, por el contrario, el impacto negativo se convierte en permanente, la moratoria concursal no sirve para solventar el problema de solvencia persistente o no episódico que se ha generado. De hecho, solo enquistada la situación de insolvencia y la traslada en el tiempo, acaso agravando su severidad o magnitud.

Esto lo podemos comprobar con un ejemplo sencillo:

Imaginemos que el deudor A en el periodo t tiene unas obligaciones que vencen a corto plazo que ascienden a 1.000.000 €. Su activo corriente para t desciende drásticamente a la cifra de 100.000 € y no tiene posibilidades de refinanciar ni reestructurar esta deuda antes de su vencimiento.

En este caso, la moratoria concursal traslada el deber de declarar concurso a un periodo $t+k$, siendo k el periodo de vigencia de la moratoria.

Si el activo corriente del deudor A, en un periodo k razonable de tiempo, aumenta lo suficiente como para que este pueda hacer frente a sus obligaciones, la moratoria concursal habrá servido para dotar de mayor tiempo al deudor para que pueda responder a la falta de liquidez transitoria.

Si tras el período k de tiempo, en cambio, el activo corriente de A se recupera solo en pequeña parte (pasa a 300.000 €), mantener la moratoria no parece servir a un propósito útil y parece deseable regresar a la normal utilización de los procedimientos concursales para intentar una reordenación de la estructura financiera de A o, en su caso, la liquidación ordenada de sus activos.

3.1. Régimen jurídico

En el ordenamiento jurídico español vigente cuando la moratoria concursal entró en vigor, un deudor debía solicitar el concurso de acreedores a los dos meses de encontrarse en situación de insolvencia actual³¹. Una declaración tardía puede acarrear responsabilidad del administrador por cualquier deuda que no pueda pagarse con los bienes de la empresa tras su liquidación. Hay una traslación del riesgo de agravamiento de la insolvencia al deudor al no cumplir con la imposición legal³².

La norma de urgencia no solo desactivó este deber, sino que también imposibilitó que los jueces admitieran a trámite las solicitudes de concurso necesario presentadas. Es decir, hasta el 30 de junio de 2022, las solicitudes de concurso presentadas por los acreedores se enviaban por mandato legal al dique seco.

31 Como excepción a esta obligación, se establece la posibilidad de que el deudor haya notificado al juez del concurso que ha iniciado negociaciones con sus acreedores para buscar una solución acordada. En tal caso, la ley le concede un plazo de gracia adicional de tres meses para llegar a tal acuerdo, y uno más para instar el concurso, si tal acuerdo no es alcanzado (artículos 583 y siguientes de la Ley Concursal). La reciente Ley 16/2022, de 5 de septiembre, en el artículo 607 incluye la posibilidad de prorrogar hasta tres meses más este periodo adicional de gracia. Igualmente, el deudor puede, aunque no está obligado a ello, solicitar el concurso si tal insolvencia es inminente (artículo 2.3 de la Ley Concursal).

32 Sobre esta idea, véase DOMÍNGUEZ CABRERA, María del Pino (2015). La calificación del concurso por irregularidades contables graves, inexactitud grave de documentos aportados y retraso en la solicitud del concurso desde una visión jurisprudencial. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, 13, pp. 47-49.

Conviene recordar que la falta de solicitud de concurso por parte del deudor es una de las presunciones *iuris tantum* que puede llevar al juez a declarar la culpabilidad del concurso.³³ Parte de la jurisprudencia ha entendido como inexcusable el deber de instar la solicitud de concurso transcurridos los dos meses desde que se conoce o debiera conocerse la situación de insolvencia (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 2394/2019, de 20 de diciembre). Sin embargo, en ciertas ocasiones se tiende a considerar que no existe reproche asociado a la presentación tardía, siempre y cuando el deudor hubiera realizado esfuerzos razonables para revertir la situación de insolvencia (así lo destaca, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 3808/2016, de 29 de abril) o mostrado interés en solicitarlo (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 86/2021, de 22 de enero).³⁴

3.2. Factores explicativos de la larga duración de la moratoria concursal en España

El Gobierno español justificó oficialmente la extensión de la moratoria concursal en noviembre de 2020 con estas palabras: *"Para mantener la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que sufren de las dificultades económicas derivadas de la situación excepcional causada por la pandemia o de quien, previamente a la crisis de la Covid-19, ha estado cumpliendo regularmente sus obligaciones económicas, así como de los que han alcanzado con sus acreedores un convenio, un pago extrajudicial o un acuerdo de refinanciación"*³⁵.

Parece que una medida de esta índole vendría a confirmar que ni el Gobierno ni el legislador consideran que los procedimientos de insolvencia formales son herramientas eficientes para salvar o reestructurar empresas o, al menos, sus unidades productivas. Pero es que, históricamente³⁶, las empresas españolas que se enfrentan a problemas en su situación financiera han acudido escasamente al procedimiento concursal como medida para solventar sus dificultades (acaso por el denominado "estigma concursal"). Esto confirmaría que tampoco estas empresas contemplan el concurso como una opción factible y eficiente para mejorar sus posibilidades de recuperación.

En este trabajo apuntamos a otras posibles explicaciones alternativas o complementarias a la que oficialmente fue proporcionada.

33 Tal y como nos recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo 490/2016, de 14 de julio, 269/2016, de 22 de abril, y 492/2015, de 17 de septiembre, el incumplimiento de este deber legal traslada la responsabilidad al concursado de probar que el retraso en la solicitud no ha agravado su situación de insolvencia actual o inminente.

34 Véase una discusión sobre sus implicaciones en <https://almacendederecho.org/el-deber-de-solicitar-el-concurso-de-acreedores>.

35 Exposición de motivos del Real Decreto-ley 24/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria.

36 Numerosas son las publicaciones que han destacado esta situación. Entre otras, véanse GARCÍA-POSADA, Miguel; MORA SANGUINETTI, Juan (2012). El uso de los concursos de acreedores en España. *Boletín Económico del Banco de España*, número de diciembre, pp. 27-38; GARCÍA-POSADA, Miguel (2020). Análisis de los procedimientos de insolvencia en España en el contexto de la crisis del COVID-19: los concursos de acreedores, los preconcursos y la moratoria concursal. *Documentos Ocasionales del Banco de España*, 2029.

3.2.1. EVITAR EL COLAPSO DEL SISTEMA JUDICIAL

Puede pensarse que el prolongado mantenimiento de la moratoria concursal no fue sino un gesto de realismo ante la saturación de los Juzgados de lo Mercantil y la certidumbre de que vendría a faltar la inversión suficiente en el sistema judicial para hacer frente a un aluvión de solicitudes de concurso. Antes de la pandemia, la ya sobrecargada situación de los Juzgados de lo Mercantil —a pesar del ejemplar esfuerzo que vienen desplegando los jueces de lo mercantil— generaba retrasos indeseables y dañinos tanto para deudores como acreedores. Esta situación era sabida por todos (también por el legislador de emergencia, que fue prorrogando la moratoria concursal). Esto es, la moratoria habría sido una medida necesaria para evitar que empeorara una situación cercana ya a lo insostenible. Por consiguiente, tras la declaración del estado de alarma, al no haber suficientes recursos para hacer frente a un incremento en el número de solicitudes de procedimientos concursales, el Gobierno habría decidido activar el botón de pausa en lo que respecta al número de nuevos asuntos entrantes.

Hay razones y observaciones que parecen avalar esta hipótesis. En primer lugar, cabe destacar que, en paralelo a la exención temporal de la obligación de declararse insolvente, se llevó a cabo un plan de acción anunciado por el Consejo General del Poder Judicial³⁷, especialmente diseñado para aligerar la carga de aquellos tribunales especializados que se esperaba que recibieran un aluvión de nuevos asuntos como consecuencia de la crisis provocada por la COVID-19, especialmente, los Juzgados de lo Social y los Juzgados de lo Mercantil. En segundo lugar, el TRLC supuso una alteración respecto a la anterior Ley de 2003³⁸, en el sentido de incentivar el uso de los institutos preconcursales³⁹, tratando de poner en marcha mecanismos que pudieran tener algún efecto sustitutivo de los procedimientos concursales en sentido propio. Finalmente, en diciembre de 2020, el Gobierno español aprobó la creación de 30 nuevos juzgados, 15 de ellos laborales y 13 mercantiles⁴⁰. Más recientemente, en diciembre de 2021, el Real Decreto-ley 1052/2021, de 30 de noviembre, aprobó la creación de 56 nuevas unidades judiciales.

La afirmación de que el sistema judicial español está saturado no puede sorprender a nadie. El número de casos que entran en primera instancia en los Juzgados de lo Mercantil cada año se ha incrementado enormemente desde 2013. Este efecto se confirma al mirar las ratios de congestión, es decir, el número de casos pendientes de resolución por los juzgados respecto al número total de casos que entran en cada juzgado, que están por encima de cualquier otro valor histórico. En esencia, estos indicadores muestran que las notas de eficiencia y efectividad que, en teoría, orientan el ordenamiento procesal español y que deberían caracterizar a la administración de justicia en España están muy lejos de cumplirse en la realidad. Así, la suspensión general de la obligación de instar el concurso entre marzo de 2020 y junio de 2022 habría sido un freno al empeoramiento del sistema judicial, al menos de forma temporal.

37 Cabe destacar la disposición adicional decimonovena del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes adicionales para hacer frente al impacto social y económico de la COVID-19.

38 Léase la exposición de motivos de la LC.

39 Anticipando así en cierta medida los objetivos de la Reforma concursal.

40 <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/011220-enlace-justicia.aspx> (última consulta el 29 de diciembre de 2021).

3.2.2. LA MORATORIA COMO FRENO A LA CRISIS DE LIQUIDEZ

La segunda hipótesis que podría justificar la duración de la moratoria española (y quizás la más sencilla e intuitiva) sería la de que podría afectar negativamente a la actividad de las empresas que, aun siendo viables a medio plazo, no podrían satisfacer sus obligaciones a corto plazo como consecuencia de la pandemia.

Así se estarían persiguiendo objetivos similares a los de las medidas que ofrecieron extensiones o aplazamientos a contratos⁴¹ en vigor, o aquellas que pretendieron evitar la resolución o terminación de contratos por incumplimientos producidos durante períodos de tiempo cortos por causas asociadas a la pandemia (Alemania y Francia adoptaron este tipo de medidas contractuales durante la primera ola, hasta septiembre de 2020). En definitiva, la moratoria habría ayudado al segmento de empresas viables antes de la pandemia, pero que con el inicio de la crisis sufrieron problemas graves de liquidez.

Algunos países europeos también pusieron en marcha otro tipo de medidas para frenar el crecimiento de la insolvencia por parte de las empresas. En este caso, tales soluciones temporales no afectaban directamente a la obligación de instar el concurso, pero sí estaban dirigidas a proteger los intereses de los agentes implicados en este tipo de procedimientos⁴².

La moratoria concursal habría operado como una medida que atenuaría las cargas que debían soportar muchas empresas que estaban siendo privadas de buena parte de sus fuentes de ingresos durante los primeros meses de la pandemia y que, no obstante, debían seguir haciendo frente a todas sus obligaciones de pago fijas⁴³. La moratoria concursal fue adoptada por algunos (pero no todos) de nuestros países vecinos: Alemania⁴⁴, Reino Unido⁴⁵, Bélgica⁴⁶, Grecia⁴⁷.

41 Véase un análisis detallado de esta solución en el campo contractual en GANUZA, Juan José; GÓMEZ POMAR, Fernando (2020). *Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso*. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, 2.

42 Por ejemplo, en Alemania, durante la moratoria concursal, la eventual responsabilidad de los agentes implicados en el concurso (administradores, acreedores y demás legitimados) se flexibilizó. Asimismo, el Gobierno alemán limitó el número de circunstancias bajo las cuales el acreedor podía instar el concurso necesario de su deudor.

En Francia, la Ordenanza 2020-596 permitió a los juzgados conceder a los deudores una modificación o extensión de la duración de su plan de reorganización judicial. Véase https://e-justice.europa.eu/37843/EN/covid19_impact_on_civil_and_insolvency_matters?FRANCE&member=1.

43 No así seguramente los costes variables en tanto que con el cierre de los establecimientos o la reducción de la actividad las empresas afectadas habrían eliminado o reducido los costes variables que debían soportar.

44 La suspensión de la obligación de declarar el concurso de acreedores en Alemania estuvo vigente hasta el 1 de mayo de 2021. Véase la Ley de Moratoria Concursal de la COVID-19 (*COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz*). No obstante, hay determinadas consecuencias derivadas de la suspensión de esta obligación que todavía subsisten a día de hoy. En particular, la especial protección para el caso de que exista un determinado recurso de los que prescribe la sección 2(1) 2-5 de la Ley de Moratoria Concursal de la COVID-19. Para más detalle, véase: https://e-justice.europa.eu/37843/EN/covid19_impact_on_civil_and_insolvency_matters?GERMANY&member=1.

45 Las empresas en situación de insolvencia habrían gozado de protección contra el acreedor que quisiera instar el concurso desde junio de 2020, mediante las disposiciones contenidas al respecto en la Ley de Insolvencia Empresarial de 2020 (*Corporate Insolvency and Governance Act 2020*). Esta medida finalizó el 30 de septiembre de 2021.

46 En países como Bélgica no ha existido un periodo específico de moratoria concursal. No obstante, todos los procedimientos civiles que expiraban entre el 1 de noviembre y el 31 de marzo de 2021 fueron ampliados por un periodo de 6 meses. Para mayor detalle véase: https://e-justice.europa.eu/37843/EN/covid19_impact_on_civil_and_insolvency_matters?BELGIUM&member=1.

47 Se suspendieron los procedimientos concursales desde el 7 de marzo hasta el 30 de noviembre de 2020. Al respecto, véase: https://e-justice.europa.eu/37843/EN/covid19_impact_on_civil_and_insolvency_matters?GREECE&member=1.

No así Francia⁴⁸ o Países Bajos⁴⁹. Sin embargo, España es uno de los muy pocos países en los que la extensión de la moratoria por insolvencia siguió vigente hasta mediados de 2022.

En España, dadas las características sectoriales⁵⁰ que definen su economía, juntamente con la dureza de sus restricciones en ciertas fases de la pandemia⁵¹, los efectos económicos de la emergencia por la COVID-19 han sido y son más traumáticos y duraderos aún que en otras economías vecinas⁵². Partiendo de esta situación, parece que puede tener sentido que las medidas destinadas a evitar el contagio de las empresas que adolecían de problemas de liquidez hayan sido más prolongadas en el tiempo en relación con otras grandes economías vecinas. Y a esos efectos pueden haber contribuido las distintas prórrogas de la moratoria concursal.

Las empresas españolas que en marzo de 2020 estaban en una situación financiera razonable, pero que, debido a la pandemia, sufrieron una reducción abrupta en sus ingresos, no tenían obligación⁵³ alguna de usar el procedimiento concursal como mecanismo para solucionar el choque de liquidez, siempre y cuando este hubiera sido transitorio. Por el contrario, el procedimiento concursal seguía, en teoría, jugando un papel positivo en relación con aquellas empresas que ya tenían problemas estructurales y que con el inicio de la pandemia⁵⁴ empeoraron sus perspectivas. Evidentemente, distinguir entre unas y otras es tarea imposible en el terreno legislativo. Pero acaso no es inviable ofrecer criterios orientativos correlacionados con la situación financiera a medio

48 En Francia, no ha habido ninguna suspensión específica de la obligación de instar el concurso. De hecho, la Ordenanza 2020-341 de 27 de marzo de 2020 y la Ordenanza 2020-596 de 20 de mayo de 2020 promovían medidas de insolvencia para aquellas empresas que no eran insolventes antes de 12 de marzo de 2020 pero que lo serían durante más de 45 días durante el período que empezaba el 12 de marzo y acababa el 23 de agosto. Véase el Artículo 1(I)(1) de la Ordenanza 2020-341:

– “(a) el deudor que no era insolvente el 12 de marzo de 2020 o que ha sido insolvente por menos de 45 días pero que lo sería por más de 45 días durante el período que empieza el 12 de marzo y acaba el 23 de agosto, ambos incluidos, puede, durante este período, solicitar el inicio de un procedimiento de conciliación (aunque no cumpla con las condiciones requeridas, como por ejemplo ser insolvente por menos de 45 días).

– (a) el deudor que no era insolvente el 12 de marzo de 2020 pero que lo es durante el período que empieza el 12 de marzo y acaba el 23 de agosto, ambos incluidos, puede, durante este período, solicitar el comienzo de un procedimiento de salvaguarda (aunque no cumpla con las condiciones requeridas, como por ejemplo no ser insolvente).”

Adicionalmente se introdujo una ampliación temporal de tres meses —hasta el 23 de junio de 2020— de los procedimientos judiciales.

49 El Gobierno de los Países Bajos mantuvo desde el inicio de la pandemia una posición muy decidida firmemente contraria a la idea de decretar un periodo de moratoria concursal. Léase: https://e-justice.europa.eu/37843/EN/covid19_impact_on_civil_and_insolvency_matters?NETHERLANDS&member=1.

50 Según los últimos datos de la contabilidad nacional el sector servicios representa cerca del 50% del total del PIB del país, así como el 43% de los trabajadores ocupados. Véanse los datos del Instituto Nacional de Estadística al respecto: https://www.ine.es/prensa/iass_prensa.htm.

51 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; Real Decreto-ley 14/2020, de 26 de mayo, por el que se establecen con carácter extraordinario y urgente medidas para la reactivación del sector de la hostelería, restauración, ocio y esparcimiento, entre otros.

52 La economía española decreció un 23.1% en términos de producto interior bruto entre el primer y el segundo trimestre de 2020. Los datos a finales de diciembre de 2021 reflejan que la economía española estaría todavía seis puntos por debajo de los niveles alcanzados antes del inicio de la pandemia. Véanse los datos en: https://www.ine.es/prensa/pib_tabla_cntr.htm.

Los datos sugieren que economías como la francesa o la alemana a mediados de 2022 ya se encontrarían por encima de los niveles de producto interior bruto observados antes de la pandemia. Para más detalle véase el siguiente informe: <https://www.caixabankresearch.com/es/economia-y-mercados/analisis-coyuntura/europa-post-covid-19-historia-convergencia-o-divergencia>.

53 Sí mantuvieron la facultad de solicitar la declaración de concurso.

54 De hecho, tal y como sugieren ALESINA, Alberto; GIAVAZZI, Francesco (2020). The EU must support the member at the centre of the COVID-19 crisis. *Mitigating the COVID Economic Crisis: Act Fast and Do Whatever*, 51: “Ninguna empresa debe ser forzada a declararse insolvente como consecuencia de la emergencia por la COVID-19 porque la insolvencia implica pérdidas irreversibles.” En otras palabras, el sistema concursal tiene que centrarse en las empresas que no eran viables antes de la pandemia.

plazo o —como han hecho otros países— optar por entender que una vez pasado lo peor era conveniente regresar al escenario general de incentivos para solicitar el concurso.

A las empresas con problemas severos de solvencia, pero que, a pesar de ello, no se vieron seriamente incentivadas a instar de inmediato el concurso hasta el fin de la moratoria concursal, les espera probablemente un futuro poco prometedor. Si no son liquidadas y ponen fin a su actividad habitual, es plausible que entren en un círculo vicioso que agravará su situación financiera. En estos últimos casos, estaríamos en frente de la denominada “zombificación⁵⁵ empresarial”. En esencia, si las empresas con necesidad de una reestructuración general de sus deudas pueden continuar operando con cierta normalidad en el mercado, podrán seguir teniendo acceso al crédito. Al aumentar su endeudamiento estarán *de facto* reduciendo sus posibilidades de supervivencia⁵⁶.

Con el avance de la pandemia, la tarea de detectar las empresas viables y las que no lo son fue cada vez más difícil bajo la vigencia de la moratoria⁵⁷. Probablemente, si junto a una mayor confianza en el sistema concursal se añadiera una temprana detección de la insolvencia empresarial, se evitaría que las empresas “zombis” continuaran devorando recursos públicos y privados⁵⁸. Los esfuerzos deben concentrarse en ayudar a aquellas empresas que son productivas, pero que necesitan inmediata ayuda financiera, e intentar no malgastar recursos públicos⁵⁹ en aquellas que ya no eran productivas antes del impacto súbito de la pandemia⁶⁰.

La probabilidad de liquidación de una empresa parece estar correlacionada con la prontitud o tardanza con la que se sea capaz de detectar el riesgo relevante de insolvencia, así como con el modo en que se gestiona este riesgo. Múltiples ampliaciones del período de moratoria pueden causar una disminución en la probabilidad de supervivencia de las empresas en situaciones complicadas. Más aún bajo una dinámica de expectativas autocumplidas de continuadas prolongaciones de la moratoria.

55 BANERJEE, Ryan; HOFMANN, Boris (2018). The rise of zombie firms: causes and consequences. *BIS Quarterly Review September*. Este artículo usa datos de empresas en 14 economías avanzadas, y documenta un aumento en la prevalencia de las empresas zombis desde finales de los años 80.

56 La extensión de nuevos créditos o su prolongación mientras se estabiliza la economía a corto plazo comporta el riesgo de transformar choques transitorios de liquidez en largos períodos de recuperación tardía y pérdidas permanentes de productividad y beneficios. Véase ACHARYA, Viral V.; LENZU, Simone; WANG, Olivier (2021). Zombie lending and policy traps. *National Bureau of Economic Research*, 29606.

57 Esto sucede a causa de que los incentivos de los administradores de empresas insolventes no están alineados, en principio, con el interés general en cuanto a desvelar la existencia de la insolvencia. Si las empresas insolventes no revelan su situación es más difícil diferenciar las empresas que son insolventes de las que no lo son.

58 Al respecto, véase LAEVEN, Luc; SCHEPENS, Glenn; SCHNABEL, Isabel (2020). Zombification in Europe in times of pandemic. *Vox EU org.*, 11.

59 DÖRR, Julian Oliver; LICHT, Georg; MURMANN, Simona (2022). Small firms and the COVID-19 insolvency gap. *Small Business Economics*, 58.2, pp. 887-917. Este estudio, que usa datos de aproximadamente 1,5 millones de empresas alemanas, muestra que fueron principalmente las empresas de menor tamaño las que experimentaron un alto riesgo de insolvencia y son las mismas que habrían acabado quebrando. Este análisis revela que la reasignación de recursos a las empresas eficientes (como normalmente es el caso a través de la reasignación que se lleva a cabo en un procedimiento concursal) habría sido obstaculizada durante la pandemia como consecuencia de la ingente concesión indiscriminada de transferencias y subsidios, así como por la suspensión temporal de la obligación de instar el concurso, causando un impacto especialmente negativo por aquellas empresas que ya estaban en una posición de inestabilidad financiera antes de la crisis.

60 El legislador debiera optimizar un doble objetivo: en primer lugar, como “prestamista de última instancia” (con la expectativa de que estas empresas sigan operando y al final sean capaces de pagar sus deudas) y, en segundo lugar, como “absorbente de pérdidas de última instancia” (pues otras empresas acabarían eventualmente siendo liquidadas). Véase DIDIER, Tatiana; HUNEEUS, Federico; LARRAIN, Mauricio; SCHMUKLER, Sergio L. (2021). Financing firms in hibernation during the COVID-19 pandemic. *Journal of Financial Stability*, 53.

En esencia, esto explicaría la razón por la que la moratoria de otros países europeos ha sido más corta que la española. Los Gobiernos de estos países, a fin de evitar el problema de las empresas “zombi”, habrían intentado alinear tan rápido como era factible, una vez superado el impacto súbito inicial de la pandemia, los incentivos de los administradores de las empresas insolventes para conseguir que estas solicitaran el concurso en el momento indicado.

Es importante hacer un correcto diagnóstico de la situación de las empresas con tiempo para prevenir que las consecuencias negativas de la pandemia se prolonguen en el largo plazo. Para conseguirlo es esencial no solo una mejora de la eficiencia del sistema concursal, sino también un mejor diseño de los potenciales incentivos para evitar que las empresas escapen de los cauces para ordenar el proceso de insolvencia —evidentemente, si estos son suficientemente eficientes y útiles—.

3.2.3. CARACTERÍSTICAS DE LAS EMPRESAS CONCURSADAS ESPAÑOLAS

En este ámbito, España se caracteriza por varios rasgos: (i) tener un número histórico de empresas concursadas especialmente bajo, (ii) que la mayoría de los concursos son solicitados a instancias del deudor, es decir, hay pocas solicitudes de concursos necesarios⁶¹, y (iii) que estas características parecen haberse mantenido incólumes durante el periodo de vigencia de la moratoria concursal. En las líneas que siguen, planteamos una hipótesis plausible de cómo estas notas características pueden explicar por qué la moratoria concursal no ha producido una disminución en el número de solicitudes de concurso en España.

Partiendo de la idea de que las empresas que entran en concurso en España lo hacen mayoritariamente de forma voluntaria, tiene sentido pensar que una moratoria concursal ha afectado en poco los incentivos de aquellos administradores que ya tenían pensado solicitar el concurso, con independencia de que se suspenda o no el deber legal de hacerlo.

Esta idea se refuerza si se tiene en cuenta que muy pocos concursos acaban siendo calificados como culpables^{62,63}, y aún se esperaría que la proporción de concursos declarados culpables fuera todavía menor tras un evento sistémico e inesperado como la pandemia que afecta negativamente a casi todas las empresas con independencia de la conducta individual de sus administradores. Podríamos pensar, pues, que las empresas que hacen uso del concurso de acreedores en España no son las que se encuentran en una peor situación del posible elenco de empresas que deberían solicitarlo, en la medida en que los administradores de las empresas incursas en un procedimiento concursal suelen tomar medidas preventivas para evitar las tan negativas consecuencias y responsabilidades que una calificación de concurso culpable les acarrea. Por lo tanto, el grueso de empresas insolventes en España no estaría instando la declaración de concurso, sino que simple y

61 También sucede así en otros países (como en Estados Unidos, tal y como se expone en HYNES, Rich; WALT, Steven D. (2020). Revitalizing Involuntary Bankruptcy. *Iowa Law Review*, 105, pp. 1127-1185.

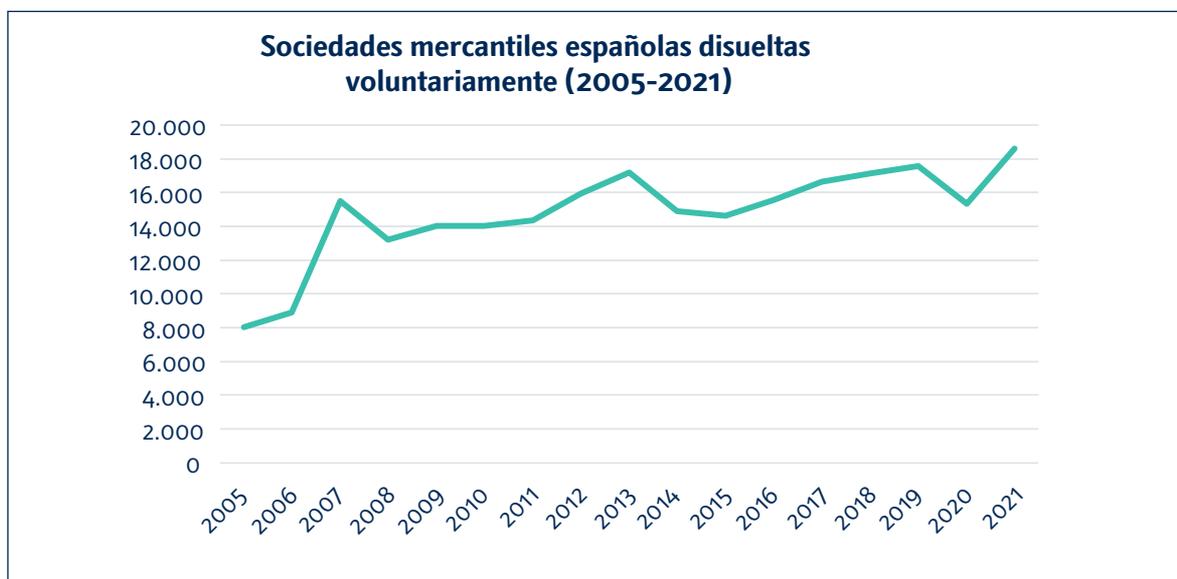
62 Está por ver si, con la Reforma concursal que introduce cambios significativos en la sección de calificación, se incrementan los concursos culpables.

63 Sobre la calificación del concurso y, la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales contraídas durante el periodo de moratoria concursal, véase GARCÍA-VILLARRUBIA, Manuel (2022). Dos cuestiones sobre responsabilidad de administradores. Responsabilidad por deudas sociales durante las moratorias concursal y societaria. Legitimación de la minoría para la acción social por infracción del deber de lealtad. *Original pendiente de publicación*.

directamente cesa su actividad. Si atendemos al número de disoluciones de empresa decididas voluntariamente por sus respectivos socios, podremos observar fácilmente que los números absolutos son aproximadamente entre ocho y nueve veces la magnitud de los concursos de acreedores.

Así, parecería que tendríamos un efecto complementario entre el número de solicitudes de concurso y el cierre de empresas fuera del concurso. Y esta última es la forma más habitual de actuación que adoptan las empresas españolas cuando se encuentran con problemas no transitorios de liquidez que afectan a su situación financiera.

GRÁFICO 9



Fuente: Elaboración propia con datos del Instituto Español de Estadística (INE): (<https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=13912>).

Durante el periodo de la moratoria concursal observamos que un número relevante de sociedades ya han sido disueltas⁶⁴. En definitiva, la moratoria concursal tampoco ha servido para frenar el goteo de empresas que tienen que poner fin a su actividad.

A pesar de que la moratoria no haya contribuido —causalmente— al empeoramiento del estado de las empresas, sí es probable que, debido a la escasa confianza en el sistema concursal como solución al problema de la insolvencia, las empresas que habrían sido viables en caso de ser re-

⁶⁴ Téngase en cuenta que esta cifra puede ser sustancialmente mayor si se tiene presente que algunas sociedades pueden no estar usando el sistema oficial para formalizar su cierre. También debe tenerse en cuenta que la estadística oficial no contempla las empresas con actividad pero no inscritas en el Registro Mercantil.

estructuradas⁶⁵ a tiempo, no acabarán siéndolo si el procedimiento se insta de forma tardía o, en última instancia, no se produce.

Durante la vigencia de la moratoria concursal, algunas empresas españolas decidieron usar el mecanismo de la insolvencia formalmente declarada, con independencia de que el deber legal de hacerlo se hallaba suspendido. Es más que plausible que las que decidieron instar el concurso entonces fueran aquellas con una mejor (o menos mala, si se prefiere) situación financiera —de entre las que sufren problemas en la capacidad de pago de sus obligaciones—.

De esta manera, la moratoria concursal habría producido una especie de selección adversa de aquellas empresas que solicitan el concurso. En otras palabras, de entre las empresas con dificultades, podría haber pasado que aquellas con una situación menos grave serían las que habrían acabado instando el concurso (a fin de alcanzar un convenio o de enajenar su unidad productiva en funcionamiento, evitando así su deterioro), mientras que hubiera sido preferible para el bienestar de la economía que las más afectadas fueran las primeras en acudir al sistema concursal.

Con todo, lo que parece haber sucedido es que las empresas con peores niveles de solvencia no han tenido los incentivos suficientes para instar un procedimiento concursal⁶⁶. Así, han continuado operando en el mercado o algunas ya han desaparecido, pero en cualquier caso eludiendo el mecanismo formal del concurso. A este respecto, ciertamente no ayuda la idea de que de las empresas que solicitan el concurso, entre el 90 % y el 95 %⁶⁷ acaban liquidando sus activos.

3.2.4. LOS RIESGOS DE LAS EMPRESAS “ZOMBI”

Uno de los objetivos de cualquier sistema concursal es evitar la propagación de una posible espiral de impagos, como la que se puede producir ante un choque de liquidez. Es decir, el sistema concursal pondría freno —de manera ordenada— a las terribles consecuencias asociadas a la reducción del flujo de ingresos de empresas inicialmente solventes que se encuentran dependientes de las aportaciones de otras que no lo son.

Desde el inicio de la pandemia y hasta el fin de la moratoria concursal en junio de 2022, todas aquellas empresas que ya acusaban problemas graves en su capacidad de pago se vieron beneficiadas —en parte al menos— por las extensiones del periodo de moratoria concursal. Al verse libres temporalmente del deber de usar el cauce oficial del concurso, con carácter general, pudieron seguir operando en el mercado, generando, en tanto que clientes de sus respectivos proveedores, nuevos impagos. Estos impagos pudieron hacer que las empresas que los debieron soportar los decidieran trasladar a sus respectivos proveedores, y así sucesivamente.

65 Estos son los beneficios que el análisis económico del derecho defiende que resultan de acudir a un procedimiento concursal (WHITE, Michelle J. (1989). The corporate bankruptcy decision. *Journal of Economic Perspectives*, 3.2, pp. 129-151).

66 Este será el caso, al menos, para los administradores que pueden perder el control de la empresa o ver reducidas sus retribuciones una vez comienza el procedimiento concursal (artículos 128 y ss. TRLC).

67 Véase el informe de VAN HEMMEN (2020), pp. 31 y ss.

La no prolongación (más allá de lo estrictamente necesario para evitar que empresas afectadas por un *shock* transitorio de ingresos se vean abocadas al concurso, con los costes que este genera) de la exoneración del deber de solicitar concurso ante una insolvencia efectiva o inminente se sitúa como parte del instrumental de medidas enfocadas a frenar la propagación de la iliquidez. Entre ellas, se encontrarían la quitas o condonaciones de deuda por parte del Estado, la concesión de líneas de crédito, así como las medidas de intervención en los contratos de larga duración. En definitiva, la correcta intervención a través del procedimiento concursal⁶⁸ debería favorecer la refinanciación eficiente de todas aquellas empresas solventes, pero que por culpa de la pandemia adolecen de problemas de liquidez transitorios.

Dotar de recursos financieros a empresas que antes de la crisis ya se encontraban aquejadas de serios problemas estructurales ajenos a las consecuencias de la pandemia supone alargar sin contrapartidas útiles el proceso de su desaparición, con lo que se perderían recursos que podrían haberse invertido en aquellas cuya continuidad fuese realmente productiva para la economía en su conjunto⁶⁹. El tiempo extra que ha concedido la larga moratoria española probablemente se va a traducir en resultados poco deseables. Ha hecho menos probable la restructuración de aquellas empresas que, pese a catalogarse como insolventes en un cierto momento, eran viables a medio y largo plazo, y ha dificultado que aquellas empresas sin viabilidad a medio y largo plazo fueran objeto de una pronta liquidación⁷⁰.

La evidencia internacional disponible indica que las empresas “zombis” se caracterizan por ser poco productivas, por tener ratios de endeudamientos muy elevados y por contar con una escasa inversión en capital intangible⁷¹. A pesar de que no existe una caracterización exacta (desde el punto de vista económico, menos aún jurídico) de este tipo de empresas, cabe destacar que son económicamente inviables a medio y largo plazo, y suelen exprimir al máximo todas las oportunidades de financiación para garantizar su supervivencia⁷².

No es escasa la literatura económica⁷³ que nos muestra que, a través de los procedimientos concursales y los acuerdos de refinanciación, se consigue aliviar la carga de deuda de las empresas

68 En EIDENMULLER, Horst; PAZ VALBUENA, Javier (2021). Towards a Principled Approach for Bailouts of COVID-Distressed Critical/Systemic Firms. *Southern California Law Review*, 73, pp. 501 y ss., se presenta al concurso de acreedores no como una solución factible para solventar los problemas de empresas que han visto paralizada su actividad a raíz de la COVID-19, sino como una herramienta efectiva para reestructurar todas aquellas empresas que ya no eran solventes antes de la crisis. De lo contrario, este estudio aduce que el número de empresas que se acogiera a este régimen solo aumentaría la presión sobre el sistema sin erradicar el problema de fondo. Los autores consideran, en cambio, que las decisiones de quita o de rescate por parte del Estado pueden resultar medidas óptimas cuando las empresas rescatadas sean consideradas de especial relevancia para la continuidad de la actividad económica. Así lo sería sobre todo atendiendo a las más que plausibles externalidades negativas que generaría su desaparición del mercado.

69 Véase al respecto HODBOD, ALEXANDER; HOMMES Cars; HUBER, Stefanie J.; SALLE, Isabelle (2020). Is COVID-19 a consumption game changer? Evidence from a large-scale multi-country survey. *Covid Economics*, 9, pp. 40-76.

70 Tal y como prueban desde una aproximación teórica DONALDSON *et al.* (2022), los mecanismos de restructuración y los procedimientos concursales son complementarios entre ellos.

71 En BANERJEE, Ryan; HOFMANN, Boris (2020). Corporate zombies: Anatomy and life cycle. *Economic Policy*, 27, se documenta el aumento significativo de este tipo de empresas con datos de 14 grandes economías, detallando las principales características definitorias de las mismas.

72 CABALLERO, Ricardo J.; HOSHI, Takeo; KASHYAP, Anil K. (2008). Zombie lending and depressed restructuring in Japan. *American Economic Review*, 98.5, pp. 1943-77, prueban que los sectores que están dominados por este tipo de empresas se caracterizan por tener tasas bajas de productividad y por mostrar incrementos en la destrucción de puestos de trabajo.

73 Al respecto véanse entre otros, los siguientes trabajos: PONTICELLI, Jacopo; ALENCAR, Leonardo S. (2016). Court enforcement, bank loans, and firm investment: evidence from a bankruptcy reform in Brazil. *The Quarterly Journal of Economics*, 131.3, pp. 1365-1413; ADALET MCGOWAN, Müge; ANDREWS, Dan; MILLOT, Valentine (2018). The walking dead? Zombie firms and productivity performance in OECD countries. *Economic Policy*, 33, pp. 685-736.

con dificultades de pago, reduciendo en consecuencia la duración de este peligroso estado como empresa “zombi”. Cuando estos mecanismos no se utilizan en la medida necesaria, estas empresas insolventes tienen todos los incentivos para seguir operando en el mercado a costa del crédito que puedan obtener de cualquier resquicio del sistema. Por ejemplo, pueden aprovechar los incentivos de los prestamistas sujetos a supervisión a seguir ofreciendo crédito a estas empresas zombi para paliar el riesgo de presentar pérdidas en sus respectivos balances⁷⁴.

En definitiva, cuando existe una presencia importante en la economía de estas empresas “terminales”, el mecanismo de redirección del capital de las empresas menos productivas hacia las empresas más productivas deja de operar de forma correcta⁷⁵.

3.2.5. LA INCIDENCIA DE LOS PRÉSTAMOS ICO EN EL VOLUMEN DE SOLICITUDES DE CONCURSOS

Los microdatos de los que dispone el Banco de España muestran que a raíz de la pandemia se ha producido un gran aumento del endeudamiento⁷⁶ de las empresas para cubrir sus necesidades de liquidez. Aproximadamente la mitad de las necesidades de liquidez se habrían cubierto con crédito bancario, del cual el 71 % lo habría sido a través de los programas de aval público. Esta forma de financiación cubre hasta el 80 % de las posibles pérdidas de financiación concedida a los autónomos y a las pymes, y hasta el 70 % o 60 % en el caso de las empresas que no cumplan con la definición de pyme de la Comisión Europea (“empresas grandes”).

Esta financiación habría sido especialmente relevante para las empresas gravemente afectadas por la pandemia⁷⁷. El uso de este instrumento habría conseguido desplazar los vencimientos de deuda de las empresas hacia el medio y largo plazo, comportando también una reducción del coste medio de financiación, es decir, una reducción en los intereses que devengaba su deuda⁷⁸. Una parte del crédito concedido durante los albores de la pandemia podría haberse destinado también a crear colchones de liquidez para evitar futuras contingencias.

La puesta en marcha de la línea de avales del Estado a empresas y empresarios introducida por el artículo 29 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, habría servido como estímulo del crédito bancario al sector especialmente afectado por la pandemia. La existencia de este programa público de avales habría servido para mitigar también el riesgo de pérdidas para los bancos gracias

74 Este fue el motivo que llevó a los bancos europeos a prestar a las empresas altamente sobreendeudadas durante la pasada crisis económica. Véase al respecto BLATTNER, Laura; FARINHA, Luisa; REBELO, Francisca (2019). When losses turn into loans: The cost of undercapitalized banks. *ECB Working Paper Series*.

75 GOPINATH, Gita, KAMLELI-ÖZCAN, Sebnem; KARABARBOUNIS, Loukas; VILLEGAS-SÁNCHEZ, Carolina (2017). Capital Allocation and Productivity in South Europe. *Quarterly Journal of Economics*, 132(4), pp. 1915-1967.

76 *Informe Anual del Banco de España. Los efectos de las crisis del Covid-19 sobre los sectores productivos en España*, pp. 229-230.

77 *Informe Anual del Banco de España. Los efectos de las crisis del Covid-19 sobre los sectores productivos en España*, p. 231.

78 Entre otros, en ALVES, Pana, ARRIZABALAGA, Fabián, DELGADO, Javier, GALÁN, Jorge, PÉREZ ASENJO, Eduardo, PÉREZ MONTES, Carlos., TRUCHARTE, Carlos (2021). Evolución reciente de la financiación y del crédito bancario al sector privado no financiero. *Boletín Económico del Banco de España*, se ponen de manifiesto las condiciones favorables que presenta la financiación a través de préstamos con aval público con respecto a otro tipo de préstamos.

a que la solvencia bancaria no sería tan sensible al deterioro de la calidad del crédito concedido a las empresas no financieras (como sí lo fue en la crisis de 2008).

El Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, por su parte, activó una segunda línea de avales para cubrir las necesidades adicionales de financiación vinculadas a la inversión. En noviembre de 2020 entró en vigor el Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, que modificó el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, con el objetivo de evitar tensiones de liquidez en las empresas permitiendo ciertas ampliaciones de plazo y carencia en las líneas concedidas. A través de las modificaciones introducidas se permitió que los deudores con una línea de crédito ICO, de mutuo acuerdo con la institución financiera, aumentaran el plazo de su operación hasta los ocho años desde el máximo de cinco años establecido con anterioridad. Se introdujo también la posibilidad de aumentar el periodo de carencia concediendo doce meses adicionales hasta un máximo de veinticuatro meses. Los datos⁷⁹ que proporciona el Banco de España confirman que en el tercer trimestre de 2021 un total del 41 % de las operaciones avaladas por la línea ICO se había acogido a la ampliación de plazo o de carencia.

El elevado número de empresas que han ido posponiendo el inicio del esquema de la financiación a la que habían accedido puede estar apuntando a un riesgo de impagos que se manifestaría en este final de 2022, coincidiendo con la finalización de los periodos máximos de carencia y que, al coincidir también con la fecha de finalización de la moratoria concursal, podría tener un reflejo importante en las solicitudes de concurso y en la carga de trabajo de los Juzgados de lo Mercantil.

Un efecto esperable como consecuencia de ello es que aquellas empresas que se han beneficiado de la línea de avales del Gobierno cuya situación de ingresos no haya mejorado y que, en consecuencia, habrían estado posponiendo sus obligaciones de pago, vean su situación financiera muy comprometida en estos últimos meses de 2022. En otras palabras, es perfectamente posible que el número de insolvencias inminentes y actuales aumente de forma notable de manera inmediata como consecuencia de la finalización del periodo de carencia de los préstamos con aval ICO.

Cabe señalar asimismo que es especialmente relevante en ese sentido la disposición adicional octava de la Reforma concursal que impone como requisito para que se apruebe un convenio de acreedores o plan de reestructuración el voto favorable de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria para la afectación de todos aquellos préstamos que contaban con el aval público. En este sentido, se dificulta el funcionamiento de los institutos preconcursales cuando media el acreedor público como avalista.

⁷⁹ Informe de estabilidad financiera del Banco de España, otoño 2021, p. 90.

4. Conclusiones

La Reforma concursal pretende aumentar la eficiencia en España de los mecanismos preconcursales y, con ella, promover su uso. Al tiempo persigue reducir los costes e incrementar el atractivo de acudir al concurso para las empresas en dificultades, singularmente las pequeñas y medianas, que en nuestro país han sido muy renuentes a hacer uso de los procedimientos concursales.

La consecución de estos objetivos va a depender de que, efectivamente, los nuevos regímenes preconcursal y concursal sean percibidos por deudores y acreedores (y probablemente, en especial por los primeros) como adecuados para hacer frente a sus dificultades financieras y canalizar adecuadamente el futuro de las empresas con problemas de solvencia. Pero no solo la normativa sustantiva es relevante. Los Juzgados de lo Mercantil son esenciales para asegurar que una remozada normativa se aplique de modo ágil y predecible y, por tanto, *de facto* se perciba como un conjunto de mecanismos jurídicos verdaderamente interesantes para afrontar las dificultades financieras de las empresas.

Las solicitudes de concurso van a jugar un papel esencial en el uso efectivo del sistema concursal y también en la carga de trabajo de los órganos judiciales que la rigen. Entender cuáles son los incentivos a solicitar el concurso voluntario en España va más allá de la mera interpretación de las reglas legales sobre el deber legal de instar la declaración de concurso. Incluso más allá de entender las consecuencias que, ligadas al régimen del concurso culpable en nuestro derecho, pueden hacer más o menos gravoso eludir las obligaciones legales en este terreno. Es necesario comprender las peculiaridades del caso español, con niveles históricamente muy bajos de utilización del mecanismo concursal por las empresas con dificultades financieras, incluso muy serias. Y también el contexto reciente tras la Reforma concursal, así como la incidencia de la pandemia y de la moratoria concursal asociada a esta, que ha sido, en términos comparados, extraordinariamente larga entre nosotros.

En este trabajo hemos tratado de ilustrar estas cuestiones a fin de poder calibrar con más elementos de juicio la contribución de los factores que inciden sobre los incentivos a solicitar el concurso sobre el éxito de la Reforma concursal.

No estamos en condiciones de hacer un pronóstico. No obstante, sí creemos que no se puede descartar que el juego de los factores mencionados influya en el corto plazo —una vez superado el esperable período de espera hasta que el nuevo régimen se conozca y se asimile por los agentes económicos— de manera negativa en la capacidad de respuesta de la administración de justicia para contribuir al éxito de la Reforma concursal.

Bibliografía

ACHARYA, Viral V.; LENZU, Simone; WANG, Olivier (2021). Zombie lending and policy traps. *National Bureau of Economic Research*, 29606.

ADALET MCGOWAN, Müge; ANDREWS, Dan; MILLOT, Valentine (2018). The walking dead? Zombie firms and productivity performance in OECD countries. *Economic Policy*, 33.

ALESINA, Alberto; GIAVAZZI, Francesco (2020). The EU must support the member at the centre of the COVID-19 crisis. *Mitigating the COVID Economic Crisis: Act Fast and Do Whatever*, 51.

ALVES, Pana; ARRIZABALAGA, Fabián; DELGADO, Javier; GALÁN, Jorge; PÉREZ ASENJO, Eduardo; PÉREZ MONTES, Carlos; TRUCHARTE, Carlos (2021). Evolución reciente de la financiación y del crédito bancario al sector privado no financiero. *Boletín Económico del Banco de España*.

AZAGRA MALO, Jorge; GARCÍA MARTÍN, David (2022). Los atrapados en el impasse entre el fin de la moratoria concursal y la entrada en vigor de la reforma concursal. *Apuntes de la reforma concursal*. Disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones/8080-los-atrapados-en-el-impasse-entre-el-fin-de-la-moratoria-concursal-y-la-entrada>.

BANERJEE, Ryan; HOFMANN, Boris (2020). Corporate zombies: Anatomy and life cycle. *Economic Policy*, 27.

BANERJEE, Ryan; HOFMANN, Boris (2018). The rise of zombie firms: causes and consequences. *BIS Quarterly Review September*.

BLATTNER, Laura; FARINHA, Luisa; REBELO, Francisca (2019). When losses turn into loans: The cost of undercapitalized banks. *ECB Working Paper Series*.

CABALLERO, Ricardo J.; HOSHI, Takeo; KASHYAP, Anil K. (2008). Zombie lending and depressed restructuring in Japan. *American Economic Review*, 98.5.

CAMPINS VARGAS, Aurora (2021). Disolución de sociedades y pandemia. Especial referencia a la disolución y responsabilidad de los administradores por pérdidas cualificadas. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Extra 2.

CELENTANTI, Marco; GÓMEZ POMAR, Fernando (2020). Concursos y pre-concursos de personas físicas, autónomos y microempresas. *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3.

CELENTANI, Marco; GARCÍA-POSADA, Miguel; GÓMEZ POMAR, Fernando (2010). The Spanish corporate bankruptcy puzzle and the crisis. *FEDEA Working Papers*.

CELENTANI, Marco; GARCÍA-POSADA, Miguel; GÓMEZ POMAR, Fernando (2010). El enigma de los concursos empresariales en España y la crisis. En S. BENTOLILA, M. BOLDRIN, J. DÍAZ-GIMÉNEZ, J. J. DOLADO (editores), *La Crisis de la Economía Española: Análisis Económico de la Gran Recesión*. FEDEA Monografías.

DE LA FUENTE, Ángel; ARRUÑADA, Benito; BERMEJO, Núria; CERQUEIRA, Olga; CERVERA, Marta; FERNÁNDEZ SEIJO, José María; FLORES, Marta; GARCIMARTÍN, Francisco; VAN HEMMEN, Stefan; MARISTANY, Jordi; RUBIO SANZ, Javier (2021). ¿Cómo ayudar a las empresas en la crisis del Covid? *FEDEA Policy Papers*.

DIDIER, Tatiana; HUNEEUS, Federico; LARRAIN, Mauricio; SCHMUKLER, Sergio L. (2021). Financing firms in hibernation during the COVID-19 pandemic. *Journal of Financial Stability*, 53.

DOMÍNGUEZ CABRERA, María del Pino (2015). La calificación del concurso por irregularidades contables graves, inexactitud grave de documentos aportados y retraso en la solicitud del concurso desde una visión jurisprudencial. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, 13.

DONALDSON, Jason Roderick; MORRISON, Edward R.; PIACENTINO, Giorgia; YU, Xiaobo (2022). Restructuring v. Bankruptcy. *Columbia Law and Economics Working Paper*, 630.

DÖRR, Julian Oliver; LICHT, Georg; MURMANN, Simona (2022). Small firms and the COVID-19 insolvency gap. *Small Business Economics*, 58.2.

EIDENMULLER, Horst; PAZ VALBUENA, Javier (2021). Towards a Principled Approach for Bailouts of COVID-Distressed Critical/Systemic Firms. *Southern California Law Review*, 73.

FAVARA, Giovanni; SCHROTH, Enrique; VALTA, Philip (2012). Strategic default and equity risk across countries. *The Journal of Finance*, 67.

GARCÍA-POSADA, Miguel (2020). Análisis de los procedimientos de insolvencia en España en el contexto de la crisis del covid-19: los concursos de acreedores, los preconcursos y la moratoria concursal. *Documentos Ocasionales del Banco de España*, 2029.

GARCÍA-POSADA, Miguel; MORA SANGUINETTI, Juan (2012). El uso de los concursos de acreedores en España. *Boletín Económico del Banco de España*, número de diciembre.

GARCÍA-VILLARRUBIA, Manuel (2022). Dos cuestiones sobre responsabilidad de administradores. Responsabilidad por deudas sociales durante las moratorias concursal y societaria. Legitimación de la minoría para la acción social por infracción del deber de lealtad. *Original pendiente de publicación*.

GANUZA, Juan José; GÓMEZ POMAR, Fernando (2020). Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2.

GERTNER, Robert; SCHARFSTEIN, David (1991). A theory of workouts and the effects of reorganization law. *Journal of Finance*, 46.

GOPINATH, Gita; KAMLELI-ÖZCAN, Sebnem; KARABARBOUNIS, Loukas; VILLEGAS-SÁNCHEZ, Carolina (2017). Capital Allocation and Productivity in South Europe. *Quarterly Journal of Economics*, 132(4).

- GURREA-MARTÍNEZ, Aurelio (2021). The Future of Insolvency Law in a Post-Pandemic World. *International Insolvency Review*, Research Paper 14/2021.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, Elena (2020). La suspensión del deber de solicitar el concurso como fuente de riesgos penales de insolvencia. *Diario La Ley*, 9683:2.
- HODBOD, ALEXANDER; HOMMES Cars; HUBER, Stefanie J; SALLE, Isabelle (2020). Is COVID-19 a consumption game changer? Evidence from a large-scale multi-country survey. *Covid Economics*, 9.
- HYNES, Rich; WALT, Steven D. (2020). Revitalizing Involuntary Bankruptcy. *Iowa Law Review*, 105.
- LA EVEN, Luc; SCHEPENS, Glenn; SCHNABEL, Isabel (2020). Zombification in Europe in times of pandemic. *Vox EU org.*, 11.
- PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto José (2022). Las moratorias concursal y societaria. Efectos y coordinación. *La LEY Insolvencia*, 13, julio-septiembre.
- PONTICELLI, Jacopo; ALENCAR, Leonardo S. (2016). Court enforcement, bank loans, and firm investment: evidence from a bankruptcy reform in Brazil. *The Quarterly Journal of Economics*, 131:3.
- VAN HEMMEN, Stefan (2020). Estadística concursal. Anuario 2019. Madrid: *Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*.
- WHITE, Michelle J. (1989). The corporate bankruptcy decision. *Journal of Economic Perspectives*, 3:2.

Artículos

NOVEDADES CONCURSALES RELACIONADAS CON LOS ACREEDORES REALES Y LA EJECUCIÓN DE SUS GARANTÍAS

Antonio José Moya Fernández

Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)

Novedades concursales relacionadas con los acreedores reales y la ejecución de sus garantías

El presente trabajo tiene por objeto hacer un compendio de las principales novedades introducidas en el ámbito preconcursal y concursal por la Ley 16/2022 de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal que guardan relación con los acreedores reales desde la perspectiva de la ejecución de sus garantías.

PALABRAS CLAVE:

LEY 16/2022, TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, DIRECTIVA (UE) 2019/1023 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 20 DE JUNIO DE 2019, SOBRE MARCOS DE REESTRUCTURACIÓN PREVENTIVA, ACREEDOR REAL, EJECUCIÓN SEPARADA DE GARANTÍA REAL, PROHIBICIÓN DE INICIO Y SUSPENSIÓN O PARALIZACIÓN DE EJECUCIONES, COMUNICACIÓN DE APERTURA DE NEGOCIACIONES, EXONERACIÓN DE PASIVO INSATISFECHO, PLAN DE REESTRUCTURACIÓN, FASE DE LIQUIDACIÓN CONCURSAL, PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA MICROEMPRESAS.

Insolvency regulation novelties regarding real creditors and enforcing their securities

This article summarises the Spanish Insolvency Law's main pre-insolvency and insolvency changes in relation to real creditors in terms of them enforcing their securities.

KEYWORDS:

CONSOLIDATED TEXT OF INSOLVENCY LAW 16/2022, DIRECTIVE (EU) 2019/1023 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF 20 JUNE 2019 ON PREVENTIVE RESTRUCTURING FRAMEWORKS, REAL CREDITOR, SEPARATE ENFORCEMENT OF SECURITY, PROHIBITION TO START AND SUSPEND OR STAY ENFORCEMENT, NOTIFYING THE START OF NEGOTIATIONS, DISCHARGING UNPAID CLAIMS, RESTRUCTURING PLAN, INSOLVENCY LIQUIDATION PHASE, SPECIAL PROCEDURE FOR MICROENTERPRISES.

FECHA DE RECEPCIÓN: 24-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 27-10-2022

Moya Fernández, Antonio José (2022). Novedades concursales relacionadas con los acreedores reales y la ejecución de sus garantías. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 275-296 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar cómo afecta a los acreedores reales y, más en particular, a la ejecución de sus garantías, la reforma operada por Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (la “Ley 16/2022” o la “Reforma”).

A tal efecto, dada la amplitud de la Reforma y la limitada extensión y alcance de este trabajo, se ha optado por hacer un compendio de las principales novedades introducidas, por este orden, en el ámbito preconcursal (libro segundo del TRLC), en el concursal (libro primero del TRLC) y en el del nuevo procedimiento especial para microempresas (libro tercero del TRLC) que guardan relación con la ejecución de las garantías reales. Para el análisis de cualesquiera otras cuestiones e implicaciones de la Reforma me remito al resto de los artículos del presente número de la revista.

2. Comunicación de apertura de negociaciones. Ejecución de garantías reales en el precurso

En los dos primeros apartados se analizarán las reformas introducidas en el ámbito preconcursal (libro segundo del TRLC) relacionadas con la comunicación de apertura de negociaciones y los planes de reestructuración.

Como se verá, en materia de comunicación, el régimen que resulta de la Reforma es sustancialmente continuista con el anterior, si bien con algunas novedades nada desdeñables.

2.1. Disposiciones generales en materia de comunicación de apertura de negociaciones

Con carácter previo, interesa destacar dos cuestiones generales relacionadas con la comunicación que deben ser tenidas en cuenta por los acreedores reales de cara a la ejecución de sus garantías.

La primera es que con la Reforma se amplía el número de escenarios en los que cabe la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores (y la consiguiente suspensión de las ejecuciones instadas por estos), toda vez que se prevé no solo para los tradicionales supuestos de insolvencia inminente o actual (redacción del artículo 583 TRLC anterior a la Ley 16/2022), sino también para el de probabilidad de insolvencia (redacción del artículo 585.1 y 2 TRLC tras la Ley 16/2022).

La segunda es que, a tenor del artículo 595 TRLC, la comunicación de apertura de negociaciones no produce, por sí sola, el vencimiento anticipado y son ineficaces las cláusulas contractuales que permitan declararlo por razón de esa mera comunicación o de la solicitud de suspensión de ejecuciones. El vencimiento anticipado *ex lege* de los créditos concursales aplazados se sigue produciendo con la apertura de la liquidación (artículo 414 TRLC).

2.2. Efectos de la comunicación sobre la ejecución de garantías reales: régimen continuista con novedades

El punto de partida del análisis de la reforma debe ser la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (“DMRP”). Sus líneas maestras en esta materia se establecen en su considerando n.º 32 y en su artículo 6, y son las siguientes:

- i. El deudor debe poder disfrutar de una suspensión temporal de ejecuciones singulares para favorecer las negociaciones de un plan de reestructuración en un marco de reestructuración preventiva para ser capaz de continuar su actividad empresarial o, al menos, de preservar el valor de su masa patrimonial durante las negociaciones (considerando n.º 32 y artículo 6).
- ii. Cuando así lo disponga la normativa nacional, también debe ser posible que la suspensión se aplique a favor de terceros prestadores de garantías, entre ellos los avalistas y los titulares de garantías (considerando n.º 32 y artículo 6).
- iii. Los Estados miembros podrán prever la denegación de la suspensión de las ejecuciones singulares cuando esta no sea necesaria o cuando no favorezca las negociaciones. Entre los motivos de denegación podría incluirse la falta de apoyo de las mayorías necesarias de los acreedores o, si así lo dispone la normativa nacional, la incapacidad del deudor para pagar sus deudas al vencimiento de estas” (considerando n.º 32 y artículo 6).
- iv. Los Estados miembros velarán por que una suspensión de ejecuciones singulares pueda abarcar a todas las categorías de créditos, incluidos los créditos garantizados y los créditos preferentes (artículo 6).
- v. Los Estados miembros podrán excluir determinados créditos o categorías de créditos del ámbito de aplicación de la suspensión de ejecuciones singulares, en circunstancias bien definidas, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada y cuando a) no resulte probable que la ejecución ponga en peligro la reestructuración de la empresa o b) la suspensión vaya a perjudicar injustamente a los acreedores de dichos créditos (artículo 6).
- vi. La duración inicial máxima de una suspensión de ejecuciones singulares no superará cuatro meses (artículo 6).

- vii. Los Estados miembros pueden ampliar la duración de una suspensión de ejecuciones singulares o acordar una nueva suspensión de ejecuciones singulares a petición del deudor, de un acreedor o, en su caso, de un administrador en materia de reestructuración (artículo 6).
- viii. La duración total de las ejecuciones singulares, incluidas las ampliaciones y las renovaciones, no podrá exceder de doce meses (artículo 6).

Sentado lo anterior, procede analizar cómo ha quedado tras la Reforma la regulación de los efectos de la comunicación de negociaciones sobre la ejecución de garantías reales.

Esta regulación se encuentra, esencialmente, en los artículos 596 y 603 TRLC. El art. 603 TRLC prevé los efectos de la comunicación sobre la ejecución de garantías reales constituidas por el deudor por deuda propia y ajena. Y el art. 596 TRLC contempla los efectos de la comunicación sobre la ejecución de garantías reales constituidas por terceros por deuda ajena.

En líneas generales, y salvo algunas innovaciones a las que luego se hará referencia, la nueva regulación es continuista con la anterior en cuanto a los efectos de la comunicación de negociaciones. Por un lado, porque se mantiene la regla general de que esta comunicación comporta la prohibición de inicio y suspensión de ejecuciones singulares sobre bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor (artículo 600 TRLC). Y, por otro lado, y en lo que aquí interesa, porque se sigue permitiendo el inicio, seguido de la inmediata suspensión temporal, de las ejecuciones de garantías reales que recaen sobre bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad (artículo 603 TRLC)¹.

Al igual que se establecía en el artículo 591 TRLC anterior a la Ley 16/2022, el vigente artículo 603 TRLC prevé que si la garantía recae sobre bienes o derechos necesarios, una vez iniciada la ejecución, se suspenderá durante un plazo de tres meses a contar desde la comunicación. En tal caso, si la ejecución es judicial, la suspensión la acordará el juez que conozca que ella, y si es extrajudicial, la acordará el juez ante el que se haya presentado la comunicación. Si, por el contrario, la garantía real recae sobre bienes o derechos que no son necesarios para la continuación de la actividad, el acreedor podrá continuar con la tramitación de su ejecución de la garantía real.

Este régimen particular pretende lograr un justo equilibrio entre el derecho del deudor a la suspensión temporal de las ejecuciones singulares y el derecho del acreedor con garantía real a poder instar su ejecución separada en caso de concurso de aquel. De esta manera, cuando se trata de bienes o derechos necesarios para la continuidad, al acreedor se le permite tener por iniciada la ejecución, pero a los solos efectos de que conserve su derecho de ejecución separada en caso de concurso posterior.

Así resulta de lo dispuesto en el artículo 603 y de su puesta en relación con lo previsto en el artículo 568.1 LEC y el 149 TRLC. El artículo 568.1 LEC establece que, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada a los efectos del artículo 57.3 LC para el caso de que pos-

¹ Para un análisis más profundo sobre el particular, *vid.* Azofra Vegas (2022: 110 y ss.).

teriormente sobrevenga el concurso. La referencia al derogado artículo 57.3 LC debe entenderse efectuada al vigente artículo 149.1 TRLC, que establece que la apertura de la liquidación produce la pérdida del derecho de ejecución separada por acreedores reales que no la instaron antes de la declaración de concurso o una vez transcurrido un año desde tal declaración.

Esta regulación se compadece bien con lo dispuesto en la DMRP. Primero, porque cohonesta la exigencia de la norma comunitaria de suspender temporalmente las ejecuciones sobre bienes o derechos necesarios para "*facilitar las negociaciones relativas a un plan de reestructuración*" con el mantenimiento del derecho de ejecución separada para acreedores con garantía real que, diligentemente, insten la ejecución antes de la declaración de concurso. Y segundo, porque se sigue permitiendo no solo el inicio, sino también la continuación y tramitación de las ejecuciones de garantías reales que recaigan sobre bienes o derechos no necesarios para la continuidad, lo que está en armonía con el considerando 32 y el artículo 6 de la DMRP, que faculta a los Estados miembros para negarse a acordar la suspensión de ejecuciones singulares cuando no sea necesaria.

En vista de lo anterior, se puede concluir que, en lo sustancial, se mantiene el régimen legal anterior. Ahora bien, eso no quita para que la Ley 16/2022 haya introducido algunas novedades en la materia. A continuación se enumeran las más relevantes:

- i. El plazo inicial de suspensión es siempre de tres meses (artículos 600 y 603.1 TRLC) a contar desde la comunicación, que puede ser objeto de una única prórroga por otros tres meses (artículo 607 TRLC). El plazo inicial de tres meses es mayor que el de dos meses que preveía el artículo 588.1 TRLC anterior a la Ley 16/2022 para las comunicaciones efectuadas por personas naturales no empresarias para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.
- ii. Desaparece la previsión del artículo 591.2 TRLC anterior a la Reforma por la que también se suspendía la ejecución de la garantía real si recaía sobre la vivienda habitual del deudor. El artículo 603.1 TRLC omite referencia alguna a la vivienda habitual y solo suspende la ejecución de garantías reales que recaigan sobre bienes necesarios, por lo que parece que la comunicación no afectaría a la ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual del deudor por el mero hecho de serlo², salvo que este pudiera demostrar que es un bien necesario porque desarrolla en ella su actividad empresarial o profesional.
- iii. El artículo 603 TRLC también permite el inicio de la ejecución —con su inmediata suspensión si recae sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad— de garantías reales constituidas por la sociedad que haya hecho la comunicación en aseguramiento de deuda ajena de otra sociedad del mismo grupo.
- iv. El artículo 596.2 TRLC contempla, como excepción a la regla general de que la comunicación no impide que el acreedor con garantía real de un tercero pueda hacerla efectiva si el crédito garantizado estuviese vencido (artículo 596.1 TRLC), la posibilidad de que la suspensión de ejecuciones se extienda a las garantías personales o reales prestadas por otra

2 En la misma línea, *vid.* Martín Martín (2022).

sociedad del grupo no incluida en la comunicación, cuando la ejecución de tales garantías pueda causar la insolvencia del garante y de la propia deudora. Según la exposición de motivos de Ley 16/2022, se pretende con ello evitar el fracaso de las negociaciones y que la sociedad garante tenga que presentar otra comunicación para suspender la ejecución.

- v. El artículo 603.2 TRLC posterior a la Reforma introduce la previsión expresa de que la comunicación de negociaciones no afectará a la ejecución de garantías financieras ni a la facultad de vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas en la parte cubierta por ellas.
- vi. Se ha eliminado el artículo 590 del TRLC anterior a la Reforma, por el que se establecía la prohibición de inicio y la suspensión de ejecuciones instadas por acreedores de pasivos financieros sobre cualesquiera bienes del deudor si constaba que, al menos, el 51 % del pasivo financiero total apoyaba la apertura de negociaciones para la suscripción del acuerdo de refinanciación, con el compromiso de no ejecutar durante las negociaciones.

3. Planes de reestructuración

En varios artículos de este mismo número, a los que me remito para evitar repeticiones, se analiza el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración desde distintas perspectivas. En este apartado me limitaré a consignar brevemente las tres previsiones incluidas en la regulación de los planes de reestructuración que guardan una relación más estrecha con la ejecución de garantías reales.

1. La primera de estas previsiones tiene que ver con la obligación del juez de nombrar un experto en la reestructuración cuando el deudor solicite la suspensión general de ejecuciones singulares o su prórroga y el juez considere y justifique que ese nombramiento es necesario para salvaguardar el interés de los posibles afectados por la suspensión (artículo 672.1.3.^o TRLC).
2. La segunda novedad, y la más relevante, es la introducción, en el nuevo artículo 651 TRLC, de un derecho especial de ejecución en favor de los acreedores reales que hayan votado en contra del plan de reestructuración y pertenezcan a una clase disidente en la que el voto favorable al plan haya sido inferior al voto contrario.

Se trata de una innovación de extraordinaria importancia, ya que permite al acreedor real desvincularse de los efectos del plan de reestructuración debidamente aprobado y homologado judicialmente y reclamar su crédito por la vía ejecutiva³. Esto supone una modificación de gran calado con respecto al régimen anterior, bajo el cual el acreedor real disidente o no participante quedaba sujeto a los efectos de un acuerdo de refinanciación (o, en su caso de un acuerdo extrajudicial de

³ Para un mejor entendimiento de las particularidades de este especial derecho de ejecución, *vid.* Azofra Vegas (2022b). Como ahí se explica, este derecho especial fue introducido en la propuesta de anteproyecto de reforma concursal presentada al Ministro de Justicia por la Comisión General de Codificación, de la que el autor formó parte.

pagos), siempre que fuera aprobado por una mayoría cualificada de acreedores homogéneos y homologado judicialmente.

Este derecho se configura como una medida de protección de los acreedores garantizados en respuesta a la introducción en el derecho concursal español, por exigencia de la DMRP, de los planes de reestructuración no consensuales (esto es, los no aprobados por una o más clases de acreedores) y de la consiguiente posibilidad de imposición de un plan de reestructuración a una clase entera disidente (lo que se da en llamar el *arrastré vertical* o *cross-class cram-down* en su acepción inglesa). En concreto, con este mecanismo, que está parcialmente inspirado en el derecho holandés, se pretende evitar que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 639 TRLC, acreedores no garantizados (bien una mayoría simple de clases —con tal de que al menos una de ellas pudiese ser calificada como privilegiada general o especial— o bien una sola clase *in-the-money*) puedan arrastrar e imponer un plan de refinanciación a una clase entera disidente de acreedores reales⁴.

El acreedor real tiene un plazo de un mes para instar la ejecución de la garantía real a contar desde la publicación del auto de homologación en el Registro público concursal. Ahora bien, el artículo 651 TRLC permite a los promotores del plan sustituir este derecho por el pago en efectivo al acreedor real del valor de la garantía en un plazo no superior a 120 días (debe entenderse que a contar desde la misma publicación). Para que esta sustitución sea operativa, deberá incluirse el ofrecimiento de pago en el plan.

En cuanto a la ejecución, deben efectuarse las siguientes consideraciones desde un punto de vista procesal:

- i. El ejercicio de este derecho de ejecución producirá el vencimiento *ipso iure* del crédito originario garantizado (artículo 651.1 TRLC).

Para la mejor doctrina, el plazo de un mes para ejecutar es de caducidad, no opera en caso de que los promotores del plan no cumplan su ofrecimiento de pago en metálico del valor de la garantía en el plazo de 120 días y no cabe ejecutar si en el plan de reestructuración se hace ofrecimiento de pago⁵. De esta manera, si no se hace ese ofrecimiento o si, pese a hacerlo, transcurre el referido plazo sin que se efectúe el pago, el acreedor real no se verá arrastrado y podrá ejecutar la garantía.

Con todo, no es descartable que, en caso de que el plan prevea la sustitución por pago, pueda existir alguna interpretación que exija que la ejecución se inste, bien dentro del primer mes a contar desde la publicación del plan, o bien dentro del primer mes siguiente al transcurso del plazo de 120 días concedido para el pago, una vez que este no se ha producido.

4 Vid. Azofra Vegas califica a este derecho como de "abstención". Por su parte, para Garcimartín (2021) se trata de una salvaguarda sustantiva particular en el ámbito del llamado "arrastré vertical" y de un derecho de salida de la reestructuración y de ejecución de la garantía cuando la clase a la que pertenece el acreedor real disidente se haya opuesto activamente al plan de reestructuración.

5 Vid. Azofra Vegas (2022).

Es por ello por lo que, hasta que exista una práctica judicial consolidada en ese sentido, no estaría de más que, según las circunstancias del caso y para evitar riesgos, el acreedor valore la posibilidad de (i) instar la ejecución dentro del primer plazo de un mes, a contar desde la publicación del auto, incluso aunque el plan prevea la sustitución por pago (así, si después los promotores no pagasen, no habría dudas de que la ejecución se habría iniciado en plazo); o (ii) si los promotores no pagan, instar al menos la ejecución en el mes siguiente a la fecha de finalización del cómputo del referido plazo de 120 días.

- ii. Para poder enervar el derecho de ejecución, el tenor literal del artículo 651 TRLC exige el pago íntegro del valor de la garantía. A mi juicio, es evidente que no cabe la enervación parcial mediante el pago de parte del valor de la garantía, que solo serviría para minorar la cuantía total que se reclamase en ejecución de la garantía⁶.
- iii. En el auto de homologación se identificarán los acreedores con garantía real que hayan votado en contra del plan y que pertenezcan a una clase que no lo haya aprobado (artículo 647.2 TRLC).
- iv. La ejecución podrá iniciarse sin el testimonio del auto de homologación, que deberá aportarse al procedimiento en cuanto se disponga de él (artículo 651.1 TRLC). En mi opinión, al permitir el inicio de la ejecución con el auto de homologación del plan de reestructuración, el precepto dota al auto de plena ejecutividad (al quedar claro que lleva aparejada ejecución y que su fuerza ejecutiva no debe confundirse con su eficacia, que se regula aparte en el artículo 649 TRLC)⁷. Ello permite su consideración como título ejecutivo encuadrable en el apartado 9.º (resoluciones procesales que, por disposición legal, llevan aparejada ejecución) o 3.º (resoluciones de homologación de transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso) del artículo 517.2 LEC⁸. De lo contrario, el derecho de ejecución reconocido en el artículo 651 TRLC en favor de acreedores disidentes quedaría vacío de contenido.

El artículo 651.3 TRLC regula el destino de las resultas de la ejecución del siguiente modo:

- A. Si se obtuviese menos que la deuda garantizada, pero más que el valor de la garantía, el ejecutante hará suyas todas las resultas de la ejecución. La diferencia entre esa cantidad y

6 No es este el único caso de ineficacia de la enervación parcial. En términos similares, la posibilidad de rehabilitación de préstamos hipotecarios impagados prevista en el artículo 693.3 de La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ("LEC") está condicionada al pago íntegro de las cantidades indicadas en el precepto. Tampoco en el ámbito arrendaticio cabe la enervación parcial, pues la ley no permite que un pago parcial del importe reclamado enerve la acción de desahucio (arts. 22.4 y 440.3 LEC). En este sentido, *vid.* Fuentes-Lojo Rius (2021).

7 Parece que así se supera la polémica suscitada por alguna resolución aislada dictada bajo la vigencia de la derogada Ley Concursal (y no tanto del TRLC, cuyo artículo 614 en su redacción anterior a la Ley 16/2022 confería fuerza ejecutiva al acuerdo de refinanciación) que consideraban que el auto de homologación del acuerdo de reestructuración carecía de fuerza ejecutiva y no era equiparable a los títulos ejecutivos del apartado 3.º del artículo 517.2 LEC. Por todos, puede citarse el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) n.º 21/2015 de 19 de febrero de 2014 (Rec. 226/2014) [LA LEY 259244/2014].

8 La práctica judicial que reconocía fuerza ejecutiva al auto de homologación del acuerdo de refinanciación lo solía hacer incluyéndolo dentro de los títulos ejecutivos de los apartados 3.º y 9.º del artículo 517.2 LEC. Por todos, el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona de 25 de julio de 2018 [LA LEY 98285/2018] resuelve que "este acuerdo tendrá la naturaleza de transacción judicial a los efectos de lo dispuesto en el apartado 10 de la DA 4.ª y 517.2.3.ª y 9.ª de la LEC".

el valor de la garantía se deducirá de lo que, en su caso, hubiese recibido o deba recibir conforme al plan de reestructuración por la parte del crédito no garantizada.

- B. Si se obtuviese menos que el valor de la garantía, el acreedor hará suya todas las resultas de la ejecución, y la parte remanente quedará insatisfecha. Esta previsión es novedosa y va en claro detrimento del acreedor, puesto que si decide ejecutar correrá el riesgo de perder el remanente en caso de que el producto que obtenga de la realización del activo sea inferior al valor de la garantía.

3. Por último, la tercera reforma reseñable en este ámbito es la recogida en el artículo 652.1 TRLC, relativo a garantías de terceros. El precepto mantiene, como regla general, que los acreedores afectados que no hubieran votado a favor del plan de reestructuración no verán comprometidos sus derechos contra los garantes personales o reales del deudor (en términos parecidos al artículo 627 TRLC anterior a la Ley 16/2022). Sin embargo, introduce, como excepción a aquella regla, la novedosa posibilidad de extender los efectos del plan de reestructuración de una sociedad de un grupo a las garantías personales o reales prestadas por cualquier sociedad del mismo grupo no sometida al plan, cuando la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia de la garante y de la deudora. Esta innovación está en línea con la introducida en sede de efectos de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores.

4. Novedades en fase de liquidación concursal

Hasta ahora se han analizado las reformas introducidas en el libro segundo del TRLC relativo al derecho preconcursal. En este apartado y en el siguiente se abordarán las principales novedades producidas en el ámbito del concurso de acreedores regulado en el libro primero del TRLC y, en particular, en sede de liquidación y de exoneración del pasivo insatisfecho.

1. La principal novedad de la Reforma en la fase de liquidación concursal es, a mi juicio, la introducida en el artículo 149.1 *in fine* TRLC, consistente en que *“los titulares de garantías reales recuperarán el derecho de ejecución o realización forzosa cuando transcurra un año desde la apertura de la liquidación sin que se haya enajenado el bien o derecho afecto”*.

Recuérdese que el artículo 149.1 TRLC anterior a la Reforma ya introdujo un cambio con respecto al derogado artículo 57.3 LC para establecer que la apertura de la liquidación producía la pérdida del derecho de ejecución separada si la ejecución de la garantía no se había instado antes de la declaración de concurso (único supuesto previsto en el artículo 57.3 LC) o tras el transcurso de un año desde la declaración de concurso (inciso añadido por el artículo 149.1 TRLC). En consecuencia, antes de la Reforma se admitía el inicio de la ejecución separada una vez transcurrido un año desde la declaración de concurso y hasta la apertura de la fase de liquidación.

El nuevo inciso introducido por la Ley 16/2022 va más allá y posibilita la ejecución separada una vez transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación, siempre y cuando durante ese año no se proceda a la realización del bien o derecho afecto. El precepto habla de que entonces se recupera el derecho de ejecución separada que se había perdido con la apertura de la liquidación.

A los efectos del artículo 149.1 TRLC, deberá entenderse que todavía no se ha enajenado un bien en liquidación y que, por tanto, se puede instar su ejecución separada mientras (i) no se haya dictado resolución judicial firme que acuerde la enajenación o adjudicación del bien y, por tanto, no se haya expedido su testimonio, o (ii) no se haya otorgado la correspondiente escritura de compraventa o transmisión del bien en favor del tercer adquirente⁹.

La Reforma supone que, a partir de ahora, los acreedores reales tendrán tres ventanas de oportunidad para instar la ejecución de su garantía: (i) antes de la declaración de concurso (artículo 145 TRLC); (ii) desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida la ejecución separada sobre ese bien o derecho, o una vez haya transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se haya abierto la fase de liquidación (artículo 148.1 TRLC); y (iii) una vez haya transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que se haya enajenado el bien o derecho afecto (artículo 149.1 TRLC).

Con esta reforma es cada vez menos evidente la afirmación de que el sistema legal vigente privilegia al *ejecutante madrugador* que hubiera iniciado la ejecución antes de la declaración de concurso o inmediatamente después de que transcurriera un año a contar desde esa declaración y antes de que se abriera la fase de liquidación¹⁰.

La valoración de esta innovación es positiva en la medida en que ofrece al acreedor real la posibilidad de sustraerse, sobrevenidamente, de la ejecución colectiva de todo el patrimonio del concursado (incluido el bien o derecho afecto) propia de la fase de liquidación concursal cuando esta no sea operativa y apostar por la ejecución individual separada del bien o derecho afecto. Esta solución será especialmente útil en los casos en los que la fase de liquidación se dilata en el tiempo por multitud de vicisitudes, lo que hasta ahora sucedía con mucha frecuencia, por ejemplo, por la extensión de las diversas fases de realización de bienes o derechos previstas en el plan de liquidación (plan que, dicho sea de paso, con la reforma desaparece en liquidación —donde es sustituido por las reglas especiales que fije el juez y, en su defecto, por reglas legales generales supletorias¹¹— y solo subsiste en el procedimiento especial para microempresas), por la falta de interesados en la adquisición de los activos, por el planteamiento de recursos y la demora en su resolución y en la realización de las operaciones liquidatorias, etc. Entiendo que también deberían poder acogerse a ella los acreedores reales cuyo crédito sea reconocido como privilegiado especial después de la apertura de la fase de liquidación como consecuencia de la estimación de su impugnación de la lista de acreedores¹².

9 Al hilo de lo anterior, nótese que en el artículo 209 TRLC tras la Ley 16/2022, siguiendo la línea iniciada por la normativa concursal de emergencia aprobada durante la pandemia (artículo 15 del Real Decreto-ley 16/2020 y artículo 10 de la Ley 3/2020) y continuada por el artículo 209 TRLC anterior a la Ley 16/2022, establece la preferencia del legislador por la subasta electrónica (sin distinguir entre judicial y extrajudicial, como hacía la regulación anterior) como modo de realización de bienes afectos. En sede de liquidación, el artículo 423 TRLC prevé la regla general (supletoria) de que todos los bienes cuyo valor sea superior al cinco por ciento del valor total de bienes inventariados se realizarán mediante subasta electrónica (en el portal del BOE o en el de cualquier entidad especializada), salvo que el juez decida otra cosa.

10 Afirmación realizada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 febrero de 2019 [RJ 2019\1408].

11 *Vid.* artículos 415 a 423.bis del TRLC tras la Ley 16/2022.

12 Un supuesto similar se enjuició en el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª) n.º 35/2020, de 27 de enero de 2020. En aquel caso se denegó la ejecución separada al acreedor real al que se le estimó su impugnación y reconoció su crédito como privilegiado especial tras la apertura de la liquidación.

A su vez, ante la posibilidad de que el acreedor real recupere ese derecho, la administración concursal estará más incentivada para realizar los bienes y derechos afectos en liquidación dentro del plazo de un año. Máxime teniendo en cuenta que el artículo 415.2 TRLC prohíbe establecer reglas de liquidación que supongan dilatarla más de un año y que el artículo 427 TRLC prevé la posibilidad de separación del administrador concursal por prolongación indebida de la liquidación si esta no termina en el mismo plazo de un año a contar desde la firmeza de la resolución de su apertura. Con todo, está por ver si la virtualidad de la reforma no queda empañada en la práctica por la vía de conceder prórrogas a la administración concursal para la realización de las operaciones de liquidación si acredita que la dilación está justificada. A mi juicio, la norma es clara y no cabe impedir ni restringir la recuperación por el acreedor real de su derecho de ejecución separada al año de la apertura de la liquidación.

2. Otra novedad reseñable es que el artículo 423.bis.2 TRLC introduce, como una de las reglas generales supletorias de liquidación, la de que el juez acordará la adjudicación forzosa al acreedor real (o al tercero designado por este) de los bienes o derechos afectos subastados, siempre que (i) la subasta (instada por la administración concursal o el acreedor) resulte desierta; (ii) el acreedor real no haga uso del derecho previsto en la LEC (artículos 651 y 671 LEC) a solicitar la adjudicación de los bienes; y (iii) el valor de estos, según el inventario de la masa activa, sea inferior a la deuda garantizada. Si el valor es superior, se celebrará nueva subasta sin postura mínima. Por todo ello, en adelante, el acreedor real tendrá que asumir que, instada la subasta, cabe la posibilidad de que se tenga que adjudicar el bien sobre el que recae la garantía.

Creo que con esta medida el legislador persigue abreviar la liquidación buscando un punto de equilibrio entre la frecuente reticencia del acreedor real a adjudicarse bienes afectos de escaso valor y la previsión incluida en algunos planes de liquidación de cancelar la garantía si el acreedor real no se adjudica el bien subastado en caso de subasta desierta. Previsión que, en mi opinión —aunque es un tema controvertido— carece de base legal, en tanto que se basa en una interpretación incorrecta e improcedente del artículo 671 LEC. Porque, aunque este precepto habla literalmente de que *“se procederá al alzamiento del embargo”* si el acreedor real no hace uso de la facultad de adjudicarse el inmueble tras la subasta desierta, rectamente debe interpretarse en el sentido de que, en su caso, se procederá a la cancelación de la nota marginal causada por la ejecución de la garantía, pero nunca a la cancelación de la garantía real.

5. La nueva regulación del EPI y la vivienda habitual hipotecada

El TRLC anterior a la Reforma permitía solicitar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (conocido como “BEPI”) si la causa de conclusión del concurso era la finalización de la fase de liquidación o la insuficiencia de masa para satisfacer los créditos contra la masa (art. 486).

Existían, a su vez, dos supuestos de exoneración: (i) la definitiva, prevista en el artículo 488.1 TRLC (cuyo precedente era el artículo 178.bis 3 número 4.º LC), que exigía que el deudor hubiera satisfecho los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, así como que, al menos, hubiera intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores o satisfecho el

25 % de los créditos concursales ordinarios; y (ii) la provisional —aunque convertible en definitiva— prevista en los artículos 493 y ss. (cuyo precedente era el art. 178 bis 3 número 5.º LC) para el caso de que el deudor hubiese cumplido un plan de pagos o hubiera dedicado a su cumplimiento determinados recursos durante el plazo de cinco años a contar desde la concesión de la exoneración provisional.

Ambos supuestos de exoneración tenían en común que exigían la previa liquidación del patrimonio del deudor¹³.

La Ley 16/2022 modifica todo el capítulo II del título XI del libro primero del TRLC, que comprende los arts. 486 a 502 y supone una reforma sustancial del régimen de exoneración del pasivo insatisfecho (ahora llamada “EPI”)¹⁴.

Una de las principales novedades que introduce la Reforma es que el deudor persona natural puede conseguir la EPI sin necesidad de la previa liquidación de su patrimonio.

Así, frente a la regulación anterior, en la que el deudor persona natural solo podía obtener la exoneración tras liquidar su patrimonio, el reformado artículo 486 TRLC establece que el deudor persona natural, sea empresario o no, puede conseguir la EPI a través de cualquiera de las dos siguientes rutas o modalidades alternativas: (i) con sujeción a un plan de pagos y sin previa liquidación de la masa activa, conforme a los artículos 495 a 500.bis TRLC, y solo podrá solicitarse antes de que se abra la fase de liquidación; o (ii) con liquidación de su masa activa, si la causa de conclusión del concurso fuera la finalización de la fase de liquidación o la insuficiencia de masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, conforme a los artículos 501 y 502 TRLC¹⁵.

También es novedoso que sea el deudor quien pueda optar por una u otra vía y que el artículo 500.bis TRLC le permita cambiar de modalidad y solicitar la EPI con liquidación de masa activa si la EPI mediante plan de pagos no fuera posible o fuera revocada.

La regulación sobre la extensión, efectos y revocación de la EPI son comunes a ambas modalidades.

Para el caso de que el deudor opte por la ruta del plan de pagos, el artículo 495 TRLC tras la Reforma exige acompañar a la solicitud de EPI las declaraciones de IRPF del deudor y de los miembros de su unidad familiar de los últimos tres años y que el deudor acepte que la concesión de la EPI se haga constar en el Registro público concursal durante el plazo que se establezca en el plan. Este

13 Así se desprendía de lo dispuesto en el artículo 489 TRLC anterior a la Reforma, por el que se establecía que la exoneración definitiva debía solicitarse tras la conclusión del concurso, y en el artículo 497.1 TRLC anterior a la Reforma, que disponía que la exoneración provisional con sujeción a un plan de pagos se extendía tanto a los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la conclusión del concurso como a la parte de los créditos con privilegio especial que no se hubiera satisfecho con la ejecución de la garantía, salvo aquella que pudiera gozar de privilegio general.

14 Como gráficamente dice la exposición de motivos de la Ley 16/2022, con la Reforma “en lugar de condicionar la obtención de la exoneración a la satisfacción de un determinado tipo de deudas (como ha venido a recoger el artículo 487.2 del texto refundido de la Ley Concursal), se acoge un sistema de exoneración por mérito en el que cualquier deudor, sea o no empresario, siempre que satisfaga el estándar de buena fe en que se asienta este instituto, puede exonerar todas sus deudas, salvo aquellas que, de forma excepcional y por su especial naturaleza, se consideran legalmente no exonerables”.

15 En la misma línea, el apartado V de la exposición de motivos de la Ley 16/2022 y el artículo 715 TRLC, ubicado en sede del procedimiento especial para microempresas, establecen que los autónomos podrán acceder al procedimiento de segunda oportunidad y solicitar la EPI a partir de cualquiera de los dos itinerarios, ya sea el de liquidación o el de continuación.

puede incluir cesiones de pago de bienes o derechos no necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor, pero no podrá consistir en la liquidación total del patrimonio del deudor, ni alterar el orden de pago de los créditos, salvo consentimiento de los acreedores perjudicados (artículo 496 TRLC). La duración máxima del plan de pagos será de tres años, aunque podrá alcanzar los cinco cuando no se realice la vivienda habitual del deudor y, cuando corresponda, de su familia o en los planes de pagos de prestaciones variables (artículo 497.2 TRLC tras la Reforma).

En lo que aquí interesa, la nueva regulación también introduce cambios en el tratamiento legal que reciben las deudas con garantía real. A continuación se resumen las cuestiones más relevantes a tener en cuenta en este ámbito:

1. El artículo 489.1.8.º TRLC califica como no exonerables las deudas con garantía real, ya sean por principal, intereses o cualquier otro concepto debido, pero solo hasta el límite del privilegio especial (es decir, hasta el valor de la garantía) calculado conforme a lo dispuesto en los artículos 273 y ss. del TRLC.

Esto cobra especial relevancia en la modalidad de plan de pagos porque, conforme al régimen anterior (derogado artículo 493 TRLC), el plan se refería a créditos no exonerables. Ahora, sin embargo, el vigente artículo 496.1 TRLC deja claro que el plan se refiere a los créditos exonerables que vayan a ser satisfechos dentro del plazo que haya establecido el plan (en similares términos, el artículo 498.bis.1.3.º TRLC habla de "*deuda exonerable afectada por el plan de pagos*"). Y ello sin perjuicio de que también deban tenerse en cuenta y relacionarse en el plan, entre otros, los recursos previstos para la satisfacción de las deudas no exonerables (artículo 496.2 TRLC), lo que servirá para que los acreedores y el juez se formen una opinión sobre la viabilidad del plan de pagos¹⁶.

2. Hasta ahora, una de las principales polémicas que se había venido suscitando en la práctica judicial era la relativa a si el deudor que solicitaba la exoneración del pasivo insatisfecho (EPI) podía conservar su vivienda habitual hipotecada y en qué casos.

Este debate nació con los acuerdos sobre aplicación del art. 178.bis LC adoptados por los jueces de lo mercantil y el Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Barcelona en su Seminario de 15 de junio de 2016, que permitían la no realización de bienes sujetos al pago de créditos con privilegio especial si se estaban pagando con cargo a la masa, se podían abonar todos los créditos contra la masa y el valor de la garantía era superior al valor razonable del bien sobre el que recaía la garantía real.

Estos criterios fueron secundados y complementados por una amplia parte de la práctica judicial para justificar la exclusión de la liquidación de la vivienda habitual del deudor afecta al pago de créditos con privilegio especial en supuestos de sobreendeudamiento hipotecario, siempre y cuando: (i) el concursado no estuviera en mora en el pago del préstamo; (ii) el valor previsible de

¹⁶ Téngase en cuenta que el plan presentado por el deudor no requiere la aprobación de los acreedores. Estos podrán, eso sí, hacer alegaciones al plan (artículo 498.2 TRLC) e impugnar la aprobación judicial en los cinco casos previstos en el artículo 498 bis.1 TRLC, entre los que se incluye que el plan no les asegure el cobro de la parte de sus créditos que habrían de satisfacerse en la liquidación concursal, lo que evitará la tentación del deudor de proponer un plan de pagos abusivo.

venta de la vivienda (reflejado en una tasación) no alcanzase para pagar la deuda garantizada viva y (iii) el acreedor con garantía real sobre la vivienda aceptase su exclusión, ya que, de lo contrario, se procedería a su enajenación en fase de liquidación¹⁷.

La anterior solución práctica ofrecida por los juzgados y tribunales ha sido objeto de no pocas críticas. La reforma de la EPI introducida en el TRLC trata de dar respuesta a esta problemática de la vivienda habitual hipotecada¹⁸.

3. El artículo 492.bis.1 regula los efectos de la EPI sobre las deudas con garantía real¹⁹. Este régimen, que —como se ha dicho— es común para las dos modalidades de EPI, consiste en la aplicación de las siguientes reglas²⁰:

- i. Si la garantía real ya se ha ejecutado antes de que se apruebe al plan o se conceda la exoneración en caso de liquidación, solo se exonerará la deuda remanente (artículo 492.bis.1).
- ii. Si la garantía real no se ha ejecutado cuando se presenta el plan, caben dos escenarios.

El primer escenario —que se omite en el artículo— es que la deuda sea inferior al valor de la garantía. En ese caso toda la deuda es no exonerable.

El segundo escenario —este sí expresamente previsto en el artículo— es que la deuda sea superior al valor de la garantía. En tal caso se aplican las siguientes reglas (artículo 492.bis.2), de las que resultará una parte de deuda no exonerable (la cubierta por la garantía) y otra exonerable (la que excede del valor de la garantía):

- A. Se mantendrán las fechas de vencimiento pactadas, pero la cuantía de las cuotas del principal y, en su caso, intereses se recalculará tomado para ello solo la parte de la deuda pendiente que no supere el valor de la garantía. En casos de interés variable se calculará tomando como tipo de interés de referencia el que fuera aplicable conforme a lo pactado a la fecha de aprobación del plan.
- B. La parte de deuda que exceda del valor de la garantía recibirá en el plan de pagos el tratamiento que le corresponda según su clase. La parte no satisfecha quedará exonerada.

17 Para una mejor intelección de esta polémica, de la solución propuesta por la práctica judicial y de su cuestionado encaje con el régimen legal aplicable puede consultarse, por su interés, la opinión de García-Villarrubia, Manuel (2022). Sobre el procedimiento a seguir para la exclusión de la vivienda habitual de la liquidación y la posterior concesión de la exoneración, *vid.* Fachal Noguera, Nuria (2022).

18 El apartado I de la exposición de motivos de la Ley 16/2022 dice: “Por último, la ley configura un procedimiento de segunda oportunidad más eficaz, ampliando la relación de deudas exonerables e introduciendo la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor y con un plan de pagos, permitiendo así que este conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales”.

19 Este régimen se completa con lo dispuesto en el artículo 492 TRLC, que establece que la exoneración no afecta a los derechos de los acreedores frente a obligados solidarios, fiadores, avalistas, aseguradores y quienes tengan obligación de satisfacer la deuda afectada por la exoneración.

20 Azofra Vegas, en su artículo “¿Es posible la exoneración del pasivo insatisfecho sin liquidación y sin plan de pagos tras la transposición de la Directiva 2019/1023?”, sostiene, con razón, que: “no todos sus apartados se aplican de forma común a cada una de las modalidades de EPI. Así, el apartado 1 es aplicable a la EPI con liquidación, y también a la EPI con plan de pagos pero sólo cuando no se haya ejecutado la garantía real antes de la aprobación provisional del plan. En tanto que el apartado 2 es únicamente aplicable en la EPI mediante plan de pagos, y no a cualquier otra modalidad de EPI”.

- C. Cualquier exoneración declarada respecto de una deuda con garantía real quedará revocada si, incumplida la obligación y ejecutada la garantía, el producto de la ejecución fuese suficiente para satisfacer, en todo o en parte, deuda provisional o definitivamente exonerada.

4. A la vista de esta nueva regulación, cabe plantearse qué ocurrirá con la vivienda habitual hipotecada del deudor en las distintas modalidades de EPI y, en especial, si llegará o no a enajenarse.

- i. En el caso de que el deudor se acoja a un plan de pagos y concurra el primer escenario de arriba (es decir, que toda la deuda sea no exonerable porque la deuda es inferior al valor de la garantía), parece que, en recta interpretación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 490 TRLC, que establece el mantenimiento de las acciones contra el deudor por los créditos no exonerables, el acreedor podría promover la ejecución judicial o extrajudicial de la vivienda, sin que le fuera oponible el plan de pagos.

En el segundo escenario (que la deuda sea superior al valor de la garantía) es donde se plantean más dudas interpretativas. Para un sector doctrinal, el legislador ha optado por someter en el plan de pagos al crédito con garantía real (o, mejor dicho, a la parte de la deuda no exonerable cubierta por la garantía) a una suerte de reestructuración forzosa por ley y, en consecuencia, por no permitir al acreedor la ejecución de la garantía real mientras el deudor cumpla el plan de pagos, al entender que esa realización no beneficia a nadie (ni al deudor, ni al acreedor real, ni a los restantes acreedores)²¹. De esta manera, si el deudor cumpliera el plan en su integridad, podría obtener la EPI sin verse privado de su vivienda habitual hipotecada. Esta interpretación se compadece bien con el espíritu de la Reforma y con el propósito que persigue de que el deudor conserve su vivienda habitual.

Con todo, otro sector doctrinal, al analizar el proyecto de reforma del TRLC, ha sostenido que la enajenación de la vivienda habitual podría llegar a producirse en algunos casos, al entender que las medidas de reestructuración contempladas en el plan solo afectan al pasivo exonerable y que la inclusión (conforme al artículo 497.2.1.^o TRLC) de la previsión de que no se realizará la vivienda habitual del deudor y de su familia no es oponible a los titulares de deuda no exonerable²².

- ii. En el caso de que el deudor se acoja a la modalidad de liquidación, ante la ausencia de norma que permita excluir la vivienda, todo parece indicar que, dentro de la liquidación, se producirá la enajenación de todos los bienes y derechos de la masa activa, incluida la vivienda habitual del deudor²³.

21 Sobre el particular, *vid.* Azofra Vegas (2022: 295 y 296). Para el autor, que forma parte de la Comisión de Expertos que elaboró la propuesta de reforma concursal, se produce una “reconfiguración” legal de la deuda garantizada y el acreedor no puede ejecutar el bien en tanto el deudor efectúe el pago de esas nuevas cuotas “recalculadas”. Según el autor, el nuevo tratamiento de las deudas garantizadas ofrece una solución legal para el caso de que el deudor mantenga en su patrimonio bienes o derechos gravados.

22 En ese sentido, *vid.* Fachal Noguera (2022).

23 Comparten esta opinión Fachal Noguera (2022) y García-Villarrubia (2022).

- iii. No es ocioso subrayar que, a la vista de que el artículo 501 TRLC, relativo a la solicitud de EPI tras liquidación, se aplica no solo a los casos de insuficiencia sobrevenida de masa (apartado 2), sino también a los concursos sin masa en los que no se hubiera acordado la liquidación (apartado 1), la doctrina científica más autorizada se ha planteado si, con base en lo dispuesto en el referido artículo 501.1 y el nuevo art. 37 ter.2 TRLC, cabría admitir la EPI sin liquidación y sin plan de pagos (lo que es especialmente polémico en el caso de concurso sin masa del apartado d del artículo 37 bis TRLC, cuando los gravámenes que pesan sobre de los bienes son superiores a su valor de mercado). Comparto la opinión de ese sector doctrinal, basada en razones de peso, de que no cabe admitir tal posibilidad, por ser contraria a la DMRP y a la literalidad y al espíritu de la Ley 16/2022²⁴.

6. Procedimiento especial para microempresas

La Reforma incorpora un nuevo libro tercero al TRLC, por el que se crea un procedimiento especial para microempresas, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023, y cuyas líneas maestras se analizan en otro artículo de esta publicación. Sin perjuicio de la obligada remisión a él, en este trabajo se hará referencia únicamente a las normas específicas del nuevo procedimiento que guardan relación con la ejecución de garantías reales.

1. En materia de comunicación de apertura de negociaciones para microempresas, el artículo 690.3 TRLC establece que es de aplicación el régimen general previsto en el libro segundo, título II, capítulos I y II para la comunicación de apertura de negociaciones (artículos 585 a 610 TRLC) — anteriormente descrito y que se da por reproducido en aras de la brevedad— aunque con algunas especialidades. Como ocurre en el régimen general, aquí también se permite el inicio de ejecuciones de garantías reales que recaigan sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. La novedad es que la suspensión de la ejecución, una vez iniciada, se configura como un efecto opcional —que debe entenderse que solo opera a instancia del deudor— y no como preceptivo o automático.

Así, mientras en el artículo 603.1 TRLC se expresa claramente esa idea de obligatoriedad de suspensión con términos como “se suspenderá” y “la ordenará”, en el párrafo segundo del artículo 690.4 TRLC se utilizan expresiones como “se podrá suspender exclusivamente en la fase de realización o enajenación”, “la podrá ordenar” y “la suspensión en su casos acordada”. La literalidad del precepto no deja lugar a dudas sobre su interpretación y es acorde con el carácter modular²⁵ y flexible con el que, según la exposición de motivos de la Ley 16/2022, se configura el proce-

24 Sobre el particular, en esa línea Azofra Vegas (2022: 295-296) afirma: “creo que, sin realizar el test definitivo de la realización o ejecución de la garantía real, que permita conocer cuál era en efecto la parte de la deuda garantizada cubierta por la garantía real, y cuál la parte sobrante (naturalmente exonerable), sólo es posible permitir la exoneración parcial de deuda garantizada, por referencia al valor de la garantía, en una EPI mediante plan de pagos, aplicando el art. 492 bis.2 TRLC tras la Ley 16/2022 cuando sea aplicable”. En sentido parecido, vid. Cuenca Casas (2022), que opina que la reestructuración de la deuda hipotecaria del artículo 492 bis está pensada exclusivamente para el deudor que se acoge al plan de pagos y que se debería abrir la fase de liquidación siempre que se solicite la exoneración.

25 El apartado V de la exposición de motivos dice: “Uno de los aspectos más innovadores de este sistema es su carácter modular. Tradicionalmente, el Derecho concursal lleva aparejados una serie de efectos automáticos que tienen costes fundamentalmente para los acreedores. El procedimiento especial permite a las partes que soliciten su aplicación solo si así lo desean: este es el caso de la paralización de ejecuciones sobre activos con garantía real y del nombramiento de profesionales”.

dimiento especial para microempresas. Esta flexibilidad se traduce en que determinados efectos automáticos del derecho concursal, como la suspensión de ejecuciones de garantías reales, solo se activan a instancia de parte. Otras diferencias adicionales con respecto al régimen general son la reducción de seis a tres meses de la duración máxima de la eventual suspensión de las ejecuciones y la reanudación automática de la ejecución suspendida una vez transcurrido el referido plazo de tres meses.

Todas estas diferencias hacen que el régimen especial establecido para microempresas sea equiparable al previsto en sede general (artículo 605 TRLC) para la suspensión de las ejecuciones de acreedores públicos que recaigan sobre bienes o derechos necesarios²⁶. Con este régimen se pretende dotar de agilidad al procedimiento y reducir los tiempos muertos de tramitación y los costes superfluos que lleva aparejada toda paralización y reanudación de ejecuciones, especialmente para los acreedores con garantías reales. Está por ver si la puesta en práctica de este procedimiento especial por nuestros tribunales, que andan sobrecargados de trabajo y escasos de medios materiales y humanos, no echa por tierra ese buen propósito.

2. Por lo que se refiere a los efectos de la apertura del procedimiento especial para microempresas, el artículo 694.4 TRLC establece que *"la suspensión de las ejecuciones no afectará a los créditos con garantía real, sin perjuicio de que el deudor lo solicite de acuerdo con los supuestos que así lo permitan en este Libro tercero"*. Como se verá a continuación, estos supuestos varían en función de si se tramita el plan de continuación o de liquidación.

3. En el procedimiento especial de continuación el deudor puede solicitar, mediante formulario, la suspensión de las ejecuciones sobre bienes y derechos necesarios que deriven de incumplimiento de un crédito con garantía real, con independencia de si la ejecución se había ya iniciado o no en el momento de la solicitud (apartados 1 y 2 de artículo 701 TRLC). Si se acuerda, la suspensión se mantendrá hasta que se compruebe objetivamente que no se aprobará un plan de continuación y, en todo caso, por un máximo de tres meses desde el decreto por el que aquella se tuviera por solicitada, transcurridos los cuales la ejecución se reanudará automáticamente (artículo 701.3 TRLC). Tras, en su caso, la oposición del acreedor a la suspensión (también mediante formulario presentado electrónicamente) —que no tiene efectos suspensivos— y las alegaciones del deudor, podrá señalarse vista. El auto que resuelva la oposición será irrecurrible.

4. Conforme al artículo 712 TRLC, el deudor también podrá solicitar (mediante formulario) la suspensión de ejecuciones (iniciadas o no en el momento de la solicitud) de garantías reales que recaigan sobre bienes o derechos necesarios en el procedimiento especial de liquidación (apartados 1 y 2). El régimen de tramitación y de oposición es el mismo que en fase de plan de continuación (apartado 4). La diferencia estriba en que para acordar la suspensión en liquidación se exige que exista, además, una posibilidad objetiva razonable de que la empresa o las unidades productivas puedan transmitirse en funcionamiento. No existirá tal posibilidad cuando así lo manifieste el deudor en su solicitud de apertura de la liquidación o resulte del plan de liquidación (apartado 1).

26 Nótese que, en el apartado III de la exposición de motivos, se configura como excepcional la posibilidad de suspender ejecuciones de créditos públicos: *"Así, la norma contempla que en estos casos la regla general es la imposibilidad de suspensión de ejecuciones singulares de los acreedores públicos y que, como excepción, la suspensión exclusivamente podrá acordarse durante la fase de realización o enajenación de los bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor por un período limitado a tres meses"*.

Una vez acordada la suspensión, se alzarán automáticamente tras el transcurso de tres meses o antes, si se comprueba objetivamente que no cabe la transmisión de la empresa en funcionamiento (apartado 3). Si la liquidación se abriese tras el fracaso de un plan de continuación, la suspensión acordada, en su caso, durante la tramitación del plan podría prolongarse durante un cuarto mes adicional (apartado 5).

5. Por último, dada su relevancia en la ejecución de garantías reales dentro del procedimiento especial de liquidación, conviene destacar que, en el ámbito de las operaciones de liquidación (para las que, como máximo, se establece un plazo máximo de duración de solo tres meses, prorrogables a instancia del deudor y de la administración concursal por un cuarto mes adicional) el TRLC contempla las siguientes formas de realización de bienes:

- i. La liquidación de bienes individuales o de categorías genéricas de bienes se producirá a través del sistema de plataforma electrónica previsto al efecto²⁷ y, complementariamente, mediante entidad especializada, a menos que se justifique debidamente conforme a criterios objetivos (artículo 708.3 TRLC).
- ii. La transmisión de la empresa o de unidades productivas se llevará a cabo conforme a las reglas del libro primero, con determinadas especialidades previstas en el artículo 710 TRLC, o mediante la presentación de una oferta de adquisición con la solicitud de liquidación, de acuerdo con las reglas de los artículos 224.bis a 224.quáter TRLC.

Al hilo de lo anterior, resulta novedosa la previsión del artículo 708.6 TRLC, por la que se establece que, a efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad de las operaciones de liquidación, será título inscribible la certificación generada electrónicamente por la referida plataforma de liquidación. Todo parece indicar que esa certificación se convierte en el título transmisivo inscribible del dominio, en lugar del testimonio del auto o decreto de adjudicación o de la correspondiente escritura de enajenación o transmisión a los que se refiere el artículo 673 LEC ubicado en sede de procesos de ejecución. Es una innovación relevante, que contrasta con lo previsto en el artículo 649.3 LEC aplicable a subastas en procesos de ejecución, conforme al cual la certificación electrónica expedida por el portal de subastas *online* del BOE tiene la función de acreditar la finalización y el cierre de la subasta e identificar al mejor postor y su postura, pero no la de suplir al posterior testimonio del decreto de adjudicación o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, que es el único título inscribible.

A mi modo de ver, uno de los principales problemas que plantean el artículo 708.6 TRLC y la disposición adicional segunda de la Ley 16/2022, relativa a la plataforma electrónica, es que no condicionan expresamente la expedición e inscripción del título inscribible —la certificación electrónica generada por la plataforma— a que la adjudicación sea firme y se haya procedido al pago del precio del remate o, en su caso, de la adjudicación (el apartado 12 de la disposición adicional

27 Según el apartado V de la exposición de motivos de la Ley 16/2022, la plataforma de liquidación “será de acceso gratuito y universal, y en ella se volcarán los activos de todos los procedimientos especiales de microempresas en liquidación. Se conformará un catálogo de bienes, organizados por categorías, según criterios comerciales, y enajenables de manera individual o por lotes. La venta de los activos se realizará tanto a través de venta directa por acceso externo al catálogo de los clientes como a través de la realización de subastas electrónicas periódicas, que deberán ser más frecuentes en las etapas iniciales del periodo de liquidación”.

segunda solo dice que la plataforma expide el certificado, que debe entenderse equivalente a la certificación de la que habla el artículo 708.6 TRLC, una vez ejecutada la operación de liquidación.

Los artículos 670.8 LEC ("*[a]probado el remate y consignado (...) la diferencia entre lo depositado el precio total del remate, se dictará el decreto de adjudicación en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio*") y 673.II LEC ("*[s]erá título bastante para la inscripción (...) el testimonio (...) en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio*"), ubicados en sede de subastas en procesos de ejecución, condicionan la expedición, entrega e inscripción al título de adquisición inscribible al pago a que la adjudicación sea firme y al pago, previo o simultáneo, del precio del remate (en caso de subasta con postores) o de la adjudicación (en caso de subasta sin postores).

Ni siquiera en el caso excepcional del artículo 670.6 LEC se admite la posibilidad de inscribir el título sin haber pagado el precio del remate. Lo que permite este precepto (en relación con lo dispuesto en los artículos 673.II LEC y 107.12º del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria) es la expedición del testimonio del decreto de aprobación del remate antes de haberse pagado el precio a los solos efectos de que el mejor postor obtenga financiación para atender el pago del precio del remate y del depósito para participar en la subasta y constituya la conocida como hipoteca sobre el derecho del rematante. La solicitud de ese testimonio suspende el plazo para pagar el precio del remate, que se reanuda una vez entregado el testimonio al solicitante. Pero incluso en ese caso, una vez abonado el precio, se expide un segundo testimonio, el del decreto de adjudicación, que es el verdadero título inscribible en el que se hace constar la aprobación del remate y el pago del precio²⁸.

Por todo lo anterior, creo que, con carácter general, el artículo 708.6 TRLC debería modificarse y completarse en el sentido de establecer que la certificación electrónica que genere la plataforma al final de la subasta no debería ser título inscribible hasta que se acredite que el mejor postor haya procedido a completar el pago íntegro del precio ofrecido. En esa misma línea, la certificación generada al cierre de la subasta sí que podría hacer las veces de título inscribible en los siguientes casos: (i) cuando el rematante o mejor postor sea el acreedor real y el precio del remate sea inferior a la deuda originaria garantizada cubierta por la responsabilidad hipotecaria, de manera que se compense con ella en el importe concurrente (lo que en el ámbito anglosajón se denomina como "*credit bid*"); y (ii) cuando el rematante sea un tercero que acredite haber pagado el precio o importe del remate antes o simultáneamente a la generación de la certificación.

Con esta modificación se evitarían los problemas derivados de supuestos de quiebra de la subasta, en los que el rematante o mejor postor, pese a no abonar su puja en el plazo conferido al efecto (cuya duración no se establece en el TRLC, siendo de cuarenta días en el artículo 670.1 LEC), pretenda inscribir su título con base en la certificación generada al cierre de la subasta. Problemas que podrían verse acrecentados en caso de que los siguientes postores por orden decreciente de las pujas hubieran optado por hacer reserva de postura, ya que el TRLC no contempla este supuesto (que sí está regulado en los artículos 649.3 II y 652 LEC).

28 Vid. Achón Bruñén (2018).

Por el contrario, la generalización de la posibilidad de expedir e inscribir la certificación electrónica pese a no haberse pagado el precio del remate daría lugar a problemas de orden civil, procesal y registral de todo tipo y de muy difícil o imposible solución.

Sería deseable, por tanto, que aprovechando el futuro desarrollo reglamentario de la plataforma electrónica, también se modifique el TRLC en el sentido indicado.

Con las modificaciones propuestas —que pretenden encontrar el punto de equilibrio entre la agilización del remate y adjudicación en favor del rematante, la adecuada protección del acreedor real y la necesaria seguridad en el tráfico jurídico— esta innovación podría ayudar a reducir el frecuente retraso judicial en la expedición del testimonio del auto o decreto de adjudicación y agilizar mucho la inscripción de la transmisión, con el consiguiente ahorro de tiempo y costes para los adjudicatarios (que, generalmente, son los acreedores reales o terceros designados por ellos). Tanto es así que, no sería de extrañar que, si el sistema funciona, esta reforma se acabe extrapolando a la LEC.

7. Conclusiones

En definitiva, el cambio de paradigma operado por la Ley 16/2022 también ha supuesto la introducción de reformas significativas que afectan a los acreedores reales desde la perspectiva de la ejecución de sus garantías.

Las novedades más relevantes se han producido en el ámbito preconcursal de la comunicación de la apertura de negociaciones con acreedores (con la incorporación y eliminación de supuestos de suspensión de ejecuciones) y de los planes de reestructuración (confiriendo al acreedor real el derecho de abstención que le permite desvincularse del plan y ejecutar la garantía real para evitar el arrastre vertical).

Ahora bien, frente a lo que inicialmente pudiera pensarse por la necesaria trasposición de la DMRP, la Reforma no se ha quedado ahí y también ha supuesto modificaciones de calado en la tramitación del concurso, entre las que destacan: (i) dentro de la fase de liquidación, la resurrección del derecho de ejecución separada de garantías reales en liquidación (que beneficiará a los ejecutantes “menos madrugadores”), la preferencia del legislador por la subasta electrónica y la posibilidad de adjudicación forzosa al acreedor real de determinados bienes afectos de escaso valor cuya subasta haya resultado desierta; y (ii) la nueva regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho (ya que el deudor podrá obtener la EPI con sujeción a un plan de pagos y reconfiguración legal de deuda sin necesidad de perder su vivienda habitual hipotecada).

Por si fuera poco, se ha creado el nuevo procedimiento especial de microempresas, sobre cuya operatividad se ciernen muchas dudas, en el que cabe la suspensión de ejecuciones a instancia del deudor en determinados supuestos y que todavía precisa del desarrollo de uno de sus pilares, la plataforma electrónica de liquidación de activos (que generará certificaciones que harán las veces de títulos inscribibles en el Registro).

En conjunto, desde el punto de vista de la ejecución de las garantías reales, la reforma introducida por la Ley 16/2022 merece una valoración inicial positiva en tanto en cuanto trata de buscar un punto de equilibrio entre, por un lado, fomentar las soluciones preconcursales y dotar de una mayor agilidad al concurso y, por otro lado, la necesaria protección y respeto al acreedor garantizado para mantener un adecuado funcionamiento del mercado de crédito. Eso sí, a partir de ahora, los acreedores garantizados tendrán que estar especialmente vigilantes y ser aún más proactivos, si cabe, para salvaguardar y hacer valer sus derechos, especialmente habida cuenta de que también podrán ser objeto de arrastre por otras clases de acreedores (incluidos los no garantizados), de la brevedad de muchos plazos y de la introducción y supresión de trámites en sede preconcursal y concursal (como la sustitución del plan de liquidación por reglas de liquidación especiales y generales supletorias). En todo caso, habrá que esperar a que la Reforma esté más rodada y a que se consolide la práctica judicial que la aplique para poder hacer una valoración más adecuada de su resultado.

Bibliografía

ACHÓN BRUÑÉN, M^a José (2018). Ejecución civil. Dineraria y no dineraria. 654 preguntas y respuestas, Madrid: Sepin.

AZOFRA VEGAS, Fernando (2022). La suspensión de ejecuciones en el precurso tras la Ley 16/2022. *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, n.º 7 extraordinario.

AZOFRA VEGAS, Fernando (2022). Comentario al artículo 651. En J. PULGAR EZQUERRA (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Wolters Kluwer, 2.ª edición.

CUENA CASAS, Matilde (2022). Reforma concursal: segunda oportunidad y ejecución de la vivienda habitual. *El Notario del Siglo XXI*, n.º 105.

FACHAL NOGUER, Nuria (2022). Exoneración del pasivo insatisfecho y vivienda habitual del concursado, *Almacén de Derecho*, 25 de mayo de 2022 (<https://almacenederecho.org/exoneracion-del-pasivo-insatisfecho-y-vivienda-habitual-del-concursado>).

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro (2021). El laberinto jurídico de los juicios de desahucio por impago y su problemática práctica. *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal, Civil y Mercantil*, n.º 149.

GARCÍA-VILLARRUBIA, Manuel (2022). La vivienda habitual y la exoneración del pasivo insatisfecho. *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 109.

GARCIMARTÍN, Francisco (2021). Los créditos con garantía real en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Almacén de Derecho*, 22 de diciembre de 2021 (disponible en <https://almacenederecho.org/los-creditos-con-garantia-real-en-el-anteproyecto-de-reforma-del-texto-refundido-de-la-ley-concursal>).

MARTÍN MARTÍN, Álvaro José (2022). El acreedor hipotecario en la reforma concursal (<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/el-creedor-hipotecario-en-la-reforma-concursal>).

Artículos

IMPLICACIONES LABORALES DE LA LEY 16/2022, DE 5 DE SEPTIEMBRE: AVANCES E INCONSISTENCIAS QUE ANUNCIAN NUEVAS REFORMAS

Pablo de la Morena Corrales y Borja de la Macorra Pérez
Abogados del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid)

Implicaciones laborales de la ley 16/2022, de 5 de septiembre: avances e inconsistencias que anuncian nuevas reformas

Las modificaciones en materia laboral introducidas por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, son ciertamente relevantes tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa.

Muchos son los cambios que se han producido en materia de competencia de juez del concurso, sucesión de empresas, relaciones laborales especiales o representación legal de los trabajadores y que, con mayor o menor fortuna, han venido a zanjar viejos debates o, en su caso, a abrir nuevos.

Este comentario, sin ánimo de lograr la exhaustividad analítica que la reforma exige, proporcionará unas pinceladas sobre las principales modificaciones acontecidas y que se prevén de utilidad para quien las lea.

PALABRAS CLAVE:

REFORMA CONCURSAL, SUCESIÓN DE EMPRESA, COMPETENCIA, ALTOS DIRECTIVOS, CONSEJEROS EJECUTIVOS.

Employment-related implications of the insolvency law reform

The Insolvency Law Reform introduces both quantitative and qualitative changes to employment-related matters, including the jurisdiction of the insolvency judge, transfers of undertakings, senior-executive employment contracts and employee representatives. To varying degrees of success, the changes have settled old debates as well as opened up new ones.

While this article is not an exhaustive analysis of the reform, it provides a brief outline of the key changes.

KEYWORDS:

INSOLVENCY LAW REFORM, TRANSFER OF UNDERTAKINGS, JURISDICTION, SENIOR EXECUTIVE EMPLOYEES, EXECUTIVE DIRECTORS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-10-2022**FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-10-2022**

De la Morena Corrales, Pablo; de la Macorra Pérez, Borja (2022). Implicaciones laborales de la ley 16/2022, de 5 de septiembre: avances e inconsistencias que anuncian nuevas reformas". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 297-311 (ISSN: 1578-956x).

1. Introducción

En este foro, analizaremos sintéticamente las principales modificaciones con implicaciones laborales introducidas por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (la "**Ley 16/2022**"). Dada la extensión del mismo, no podemos analizar todas y cada una de las distintas medidas que han resultado de la reforma en el plano laboral, sin perjuicio de que todas ellas requerirían de un análisis exhaustivo e individualizado. Precisamente por ello, ponderando la necesidad de ofrecer un análisis útil con evitar incurrir en un excesivo esquematismo, hemos preferido centrarnos en aquellas modificaciones que, a nuestro juicio, presentan una mayor trascendencia cualitativa. Estas son las que enunciamos a continuación.

2. La adquisición de unidades productivas en concurso

2.1. Competencia objetiva

La atracción al juez del concurso de la competencia exclusiva y excluyente para conocer y pronunciarse sobre la existencia de una sucesión de empresas laboral en el concurso ha sido una materia siempre discutida y repleta de disfraces legales o interpretativos que la reciente reforma ha venido a desvelar y corregir con la modificación, principalmente, de los artículos 52 y 221 LC. Recordemos la historia de este largo desencuentro entre la óptica mercantil o concursalista y la estrictamente laboral¹.

Casi desde su origen se suscitó un importante debate doctrinal y jurisprudencial acerca de si el pronunciamiento que, en materia de sucesión de empresa, podía realizar el juez del concurso con ocasión de la adjudicación o la autorización de la enajenación de una empresa o unidad productiva en concurso limitaba sus efectos a los estrictos límites del concurso o si, por el contrario, tenía carácter vinculante fuera de este. Aunque los jueces de lo mercantil eran claramente partidarios de extender sus pronunciamientos prejudiciales fuera del ámbito del concurso, a fin de dotar de seguridad jurídica al adquirente de una unidad productiva en el marco de este; la Sala de lo So-

1 BARROS GARCÍA, Mario (2021): Comentario al artículo 221 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En VEIGA COPO, Abel B. y MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel: *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, Navarra, Thomson Reuters, vol. I, pp. 1259 a 1266.

cial y la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo resolvieron el debate sorteando el primer intento de atracción competencial en favor de la jurisdicción social. A tal fin, declararon que la competencia para pronunciarse sobre la existencia y alcance de la sucesión de empresa correspondía única y exclusivamente al orden social (entre muchas otras, STS Social de 27-7-2020, R. 3488/2017).

Sin embargo, pronto se inició un segundo intento de ficción legal más elaborado. A través del artículo 221.2 LC aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (el “**RDL 1/2020**”), se pasó a establecer que “[e]l juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa”. Pese a que la reforma operada en este punto fue avalada por el Consejo de Estado y por el Consejo General del Poder Judicial en sendos informes preceptivos, se cuestionó si la atribución competencial llevada a cabo por el Gobierno en forma de real decreto legislativo suponía una extralimitación del mandato recibido por el legislador en la disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal donde se habilitaba al Gobierno únicamente para “consolidar en un texto único las modificaciones incorporadas desde su entrada en vigor, a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”.

En este sentido, diversos autores y pronunciamientos judiciales entendieron que el RDL 1/2020 no había incurrido en *ultra vires* normativo al regular *ex novo* la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para pronunciarse sobre la sucesión de empresa, sino que la concreción competencial llevada a cabo en el nuevo texto legal aprobado por el Gobierno se había limitado a aclarar un debate jurisprudencial sobre la controversia jurídica. La labor clarificadora, propia de toda refundición, se vería amparada en: (i) la falta de una norma expresa y clara que residenciara la competencia en esta materia en el orden social o civil de la jurisdicción; y en (ii) la falta de afectación o vulneración de regulación anterior en la materia; en la que solo existía una determinada interpretación jurisprudencial basada en una normativa distinta al RDL 1/2020. En fin, se afirmaba también que la labor técnica de refundición no solo amparaba la armonización o consolidación formal de textos legales diversos, sino que también podía entrañar una labor de integración o inclusión de contenido innovador, sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa (en este sentido, STC 122/1992 de 28 de septiembre y 166/2007, de 4 de febrero). Con todo, estos argumentos de convicción no generaron el efecto deseado y, no sin también poderosos argumentos, diversos autores y pronunciamientos judiciales entendieron que había existido un manifiesto exceso del refundidor al alterar un régimen competencial claramente residenciado en el orden social de la jurisdicción.

La nueva reforma legal ha solventado (definitivamente) este debate con dos poderosas medidas. A saber:

- i. En primer lugar, el artículo 52.1.5^a LC ha pasado a establecer que la competencia relativa a “[l]a declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas, así como la determinación en esos casos de los elementos que las integran” es exclusiva y excluyente del juez del concurso, lo que se reitera en similares términos en el artículo 221.2 LC. La voluntad del legislador a fin de evitar toda duda interpretativa sobre la privatización por el juez del concurso de esta materia se evidencia con atender a la ubicación sistemática del régimen competencial prevista en el artículo 52 LC, titulado “[c]arácter exclusivo y exclu-

yente de la jurisdicción”, en lugar de en el artículo 53 LC, bajo el título de “[j]urisdicción del juez del concurso en materia laboral”.

- ii. En segundo lugar, de manera paralela y coherente con la regulación concursal, la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio (“**Ley 7/2022**”) ha modificado el artículo 86 ter LOPJ, que pasa a establecer que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en relación con la “declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas y la determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social”.

La definitiva aclaración del panorama competencial tras la entrada en vigor de la Ley 16/2022 responde al estimable propósito de dotar de seguridad jurídica, en forma de previsibilidad sobre el verdadero coste de la operación, en favor de los interesados en adquirir una unidad productiva en concurso. Consideramos que la certidumbre contribuirá muy positivamente a alcanzar los fines de la reforma concursal, esto es, la sustancial minoración del porcentaje de concursos que finalizan en liquidación y cierre de empresa; con los graves efectos que ello tiene sobre la estabilidad del empleo y del sistema de Seguridad Social.

Pese lo anterior, hemos de advertir que se seguirán planteando dudas jurídicas en relación con las adquisiciones concursales que se hayan llevado a cabo en el periodo comprendido entre la entrada en vigor del RDL 1/2020 y la Ley 16/2022, esto es, entre el 1 de septiembre de 2020 y el 26 de septiembre de 2022. La interesante controversia sobre el alcance de la delegación normativa, su potencial *ultra vires* y los efectos sobre la competencia del juez del concurso en materia de adquisiciones de unidades productivas en concurso será seguramente decidida por el Tribunal Supremo, dado que ya existen en este momento pronunciamientos de suplicación discordantes.

2.2. Delimitación del alcance de la sucesión de empresa

La reforma concursal ha aclarado también que la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso alcanza a la declaración de existencia de sucesión de empresas a efectos laborales y de seguridad social pero también a la “*determinación en esos casos de los elementos que las integran*” (artículo 52.1.4^a LC), esto es, a la concreción de “*los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen*” (artículo 221.2 LC).

Esta matización es coherente con la relevante facultad atribuida al juez del concurso de limitar el alcance de la sucesión de empresa a los “*créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente*” (artículo 224.1.3^o LC).

Como es sabido, esta relevante medida introducida por el RDL 1/2020 (y afectada, de mismo modo que la competencia en materia de sucesión de empresa en concurso, por reproches de *ultra vires*) se ha reiterado por la Ley 16/2022 y supone una potenciación esencial para la adquisición de unidades productivas en concurso desde el momento en que el adquirente solo queda subrogado en los contratos, deudas laborales y de Seguridad Social y demás pasivos vinculados al per-

sonal adscrito a la unidad productiva en el momento de la adquisición. Excepcionando el régimen general del artículo 44 ET, se evita hacer responder al adquirente concursal de deudas pasadas vinculadas a trabajadores que ya no forman parte de la unidad productiva objeto de adquisición, por ejemplo, respecto de reclamaciones de daños latentes interpuestas por trabajadores que formaron parte de la unidad productiva mucho antes de ser vendida en concurso (e.g. reclamaciones de daños por enfermedad profesional).

Como novedad, debe destacarse la potenciación de la labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en esta materia con el fin de dotar de seguridad jurídica a los trabajadores y a la Seguridad Social. En concreto, el artículo 221.3 LC ha pasado a establecer que el juez del concurso, en su labor de análisis sobre la existencia de una sucesión de empresas y sus efectos, tendrá la facultad de *"recabar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social relativo a las relaciones laborales afectas a la enajenación de la unidad productiva y las posibles deudas de seguridad social relativas a estos trabajadores"*.

Esta previsión, ciertamente necesaria y garantista para los trabajadores e incluso para el procedimiento concursal –pues supone facilitar la tarea del juez del concurso en una materia especializada como es la laboral–, se configura únicamente como una potestad o facultad discrecional del juez del concurso. *De lege ferenda* hubiera resultado conveniente que esta medida se hubiera configurado como preceptiva. Por otro lado, aunque el precepto exige que el informe de la Inspección se emita en el plazo improrrogable de diez días –brevedad coherente con la necesaria agilidad que quiere dotarse al proceso de venta de unidades productivas en el concurso– no debería resultar desatendido por el juez del concurso si se emitiera con posterioridad, en tanto no se haya decidido aún sobre la existencia y alcance de la sucesión de empresa.

3. La competencia del juez del concurso en la adopción de medidas de reestructuración laboral de alcance colectivo

La reforma concursal no ha alterado la competencia del juez del concurso para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de carácter colectivo (artículo 53.1 LC). En concreto, la determinación del alcance colectivo de algunas de estas medidas debe realizarse atendiendo a la normativa en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, que es la norma de referencia a este respecto (artículo 53.2 LC).

Debe destacarse, sin embargo, que la concreción del alcance colectivo de estas medidas por remisión a la normativa laboral en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo se ha acompasado con la nueva previsión del artículo 86 ter.5 LOPJ introducida por la Ley 7/2022, solventando así el riesgo de *ultra vires* que había sido apreciado, también en esta materia, por diversos autores.

Resulta llamativo en todo caso que la reforma concursal no haya aprovechado la oportunidad para extender la competencia del juez del concurso a la adopción de medidas de flexibilidad interna o externa de alcance colectivo cuando vienen motivadas por causa de fuerza mayor, en especial, tras la trascendencia alcanzada por dicha causa con la irrupción de la pandemia de la COVID-19. En efecto, a diferencia de lo ocurrido en la normativa laboral, en donde se han regulado recientemente y de manera exhaustiva las medidas de suspensión del contrato de trabajo motivadas por causa de fuerza mayor —introduciendo incluso una subespecie de fuerza mayor “*por impedimento o limitación de actividad normalizada*” (artículo 47.6 ET)—, la normativa concursal guarda silencio a este respecto; lo que provoca la llamativa e inconveniente retención de esta competencia en el orden jurisdiccional social.

4. Planes de reestructuración y extinción del contrato de alta dirección y consejero ejecutivo

Sin lugar a dudas, una de las reformas de mayor calado en el ámbito laboral-concursal introducidas por la Ley 16/2022 tiene que ver con la posibilidad de anticipar la extinción o suspensión de contratos de alta dirección y de consejeros ejecutivos a un momento previo al inicio del concurso, por medio de los planes de reestructuración, de conformidad con lo previsto en el artículo 621 LC.

En esencia y de manera mimética a lo dispuesto en los artículos 186 y 187 LC para los altos directivos en el marco del concurso², el artículo 621 LC —bajo el impreciso título de “*contratos de alta dirección*”— prevé la posibilidad de que el plan de reestructuración regulado en los artículos 614 y ss. LC contemple la suspensión o extinción de los contratos del personal de alta dirección y, de manera novedosa, la de los contratos de consejeros ejecutivos. La equiparación del tratamiento de dos figuras claramente heterogéneas tanto en su naturaleza jurídica como en sus fuentes reguladoras plantea numerosas disfuncionalidades a las que haremos referencia seguidamente y que, seguramente, justifiquen una regulación y tratamiento diferenciado para corregirlas.

De manera sistemática, conviene tener en cuenta las siguientes condiciones, requisitos y cuestiones que plantea el nuevo artículo 621 LC:

- i. *Elemento causal común*: el artículo 621.1 LC introduce una novedosa causa de suspensión y otra de extinción de los contratos de consejero ejecutivo y alta dirección.

En el caso del personal de alta dirección estaríamos en presencia: (i) de una causa suspensiva que se añadiría a las propias de estos contratos reguladas en los artículos 15.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (“**RD 1382/1985**”) y 45 ET; y (ii) de una causa extintiva que se adiciónaría al régimen previsto en los artículos 10, 11 y 12 RD 1382/1985. En el caso de los consejeros ejecutivos, se estaría introduciendo un elemento causal *a priori*

² DE LA MORENA CORRALES, Pablo y DE LA MACORRA PÉREZ, Borja (2021): Comentarios a los artículos 186 y 187 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En VV.AA. (Dir.: VEIGA COPO, Abel B. y MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel): *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, Navarra, Thomson Reuters, vol. I, pp. 1067 a 1093.

innecesario dado que dichos contratos pueden ser extinguidos por decisión de la junta de socios o del consejo de administración *ad nutum*, con sometimiento al régimen contractual pactado o acordado.

Con todo, en ambos casos, la medida de suspensión o extinción ha de fundamentarse en *"el buen fin de la reestructuración"*. Hemos de entender que dicha necesidad puede generarse cuando, atendidas las circunstancias, el ahorro de costes que puede obtenerse con la suspensión o extinción del contrato resulta conveniente para el buen fin del concurso y la protección de la masa activa. También cuando la escasa actividad de la empresa no justifique el mantenimiento de estas posiciones, generalmente dotadas de remuneraciones elevadas.

En todo caso, se trata de una circunstancia que habrá de ser analizada caso por caso y, a nuestro juicio, ser justificada en el plan de reestructuración pues no siempre se tratará de una medida que genere un efecto beneficioso para este. Téngase en cuenta, por ejemplo, que la extinción del contrato de este tipo de ejecutivos (ya sean laborales o mercantiles) puede desatar el devengo anticipado (e.g. *acceleration clauses*) de planes de incentivos a largo plazo cuya cuantía suele ser sustancialmente superior a la derivada de la propia indemnización por terminación del contrato.

- ii. *Elemento personal*: al margen de las dudas habituales sobre la prevalencia de la relación laboral o mercantil en supuestos de simultaneidad de vínculos, en el caso de los administradores, la redacción del precepto parece alcanzar únicamente a aquellas sociedades cuyo órgano de administración estuviera organizado en forma de consejo de administración y que hayan suscrito un contrato con el consejero ejecutivo al amparo del artículo 249 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio ("**LSC**"). Entendemos que este régimen jurídico también debería habilitar la extinción de la relación jurídica de consejeros que, en incumplimiento de lo establecido en el artículo 249 LSC, no hubieran formalizado un contrato; en la medida en que ello contribuya al buen fin de la reestructuración.
- iii. *Efectos de la extinción*: el artículo 621.2 LC, de manera similar a lo previsto en el artículo 186 LC para la extinción del contrato de alta dirección en concurso (aunque con alguna diferencia), prevé que las partes puedan llegar a un acuerdo sobre los efectos y condiciones de la extinción (e.g. plazo de preaviso, importe de la indemnización). Solo en defecto de este acuerdo, el juez del concurso podría moderar, a instancia de cualquiera de las partes interesadas, la indemnización por extinción pactada en el contrato, fijando como suelo o límite mínimo para dicha moderación *"la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo, que resultará igualmente aplicable a los consejeros ejecutivos"*. Son muchas las dudas que plantea este inciso del precepto.
 - A. En primer lugar, aunque no se explicita, *"la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo"* hemos de entender que es la contemplada en la legislación laboral común para el despido objetivo procedente *ex* artículo 53.1.b) del ET dado que, siendo puristas, en el marco de un despido colectivo puede acordarse por las partes cualquier indemnización con el límite mínimo necesario de la establecida para el despido objetivo procedente (en este sentido, se ha pronunciado la sentencia

del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 22 de marzo de 2016, autos 500/2016).

- B. En segundo lugar, entendemos que si la indemnización fijada en el contrato es inferior a la *"la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo"* no tendría sentido que el juez moderara la indemnización y, en consecuencia, debería estarse a la contemplada en el contrato siempre que fuera equivalente a la establecida como mínimo de derecho necesario por el RD 1382/1985.
- C. En tercer lugar, se genera la duda de si dicha indemnización mínima debe resultar aplicable cuando el contrato no prevé ningún régimen indemnizatorio.

En el caso del personal de alta dirección, en defecto de pacto debe resultar de aplicación lo previsto en el RD 1382/1985 que fija una indemnización mínima necesaria para estos casos. Ahora bien, cabe plantearse si la extinción acordada al amparo del artículo 621.2 LC es equivalente al desistimiento empresarial del artículo 11.1 del RD 1382/1985 (i.e. 7 días del salario en metálico por año de servicio con el límite de 6 mensualidades) o a la del despido objetivo, también aplicable al personal de alta dirección de conformidad con lo previsto en el artículo 12 RD 1382/1985. Por razones teleológicas entendemos que, en defecto de pacto en el contrato, procedería aplicar la indemnización por desistimiento dado su menor importe y consiguiente impacto para el concurso (en este sentido, resulta relevante la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 26 de julio de 2010, autos 190/2010).

En el caso de los consejeros ejecutivos, entendemos que, en defecto de previsión expresa en el contrato de un régimen indemnizatorio, no debería aplicarse en todo caso la indemnización por despido objetivo pues carecería de justificación que procediera el abono de una indemnización cuando se acuerda la extinción del contrato en un escenario de crisis y no en un escenario de normalidad. Además, conceder al consejero ejecutivo sin derecho a indemnización en condiciones de normalidad, la indemnización propia del despido colectivo en el marco de un plan de reestructuración supondría un claro trato de desfavor respecto del alto directivo que, en dicho supuesto, percibiría una indemnización sustancialmente inferior y regulada en el RD 1382/1985 (i.e. 7 días del salario en metálico por año de servicio con el límite de 6 mensualidades).

Por consiguiente, aunque no es una cuestión clara y una técnica legislativa más depurada hubiera sido deseable, todo parece indicar que el consejero ejecutivo no tendrá derecho a indemnización alguna en caso de: (i) extinción de su contrato al amparo del artículo 621 LC; y (ii) cuando ningún pacto indemnizatorio se hubiera acordado al amparo del contrato suscrito *ex* artículo 249 LSC.

De la misma manera, en caso de que en el contrato de consejero ejecutivo se hubiera pactado una indemnización pero esta fuera inferior a la propia del "despido colectivo", razones interpretativas deben llevar a la conclusión de que dicho blindaje no podría ser objeto de moderación.

- D. En cuarto lugar, la disociación del régimen jurídico aplicable a la extinción del contrato respecto de la naturaleza del contrato de consejero ejecutivo va a plantear numerosas dudas sobre cómo aplicar el módulo indemnizatorio fijado por la normativa laboral cuando proceda acordar una moderación salarial, tanto en lo que respecta al salario (e.g. ¿qué partidas retributivas percibidas por el consejero ejecutivo deben incluirse en el cálculo? ¿debe resultar de aplicación la jurisprudencia laboral sobre la diferenciación entre partidas salariales y extrasalariales a los efectos del cálculo de la indemnización por despido? ¿debe incluirse de manera prorrateada en el salario regulador por despido la retribución pendiente de devengo en planes de retribución variable, *phantom shares* o *stock option*?) como en lo que respecta a la antigüedad (e.g. ¿debería aplicarse una suerte de "unidad esencial del vínculo" para determinar la antigüedad del consejero ejecutivo a efectos indemnizatorios si este ha prestado servicios para la sociedad antes de ser designado o si el contrato de consejero limita la antigüedad al periodo de desempeño del cargo societario?).

El hecho de que, como veremos, las más que probables discrepancias a la determinación del módulo indemnizatorio en caso de moderación se diluciden a través de recurso de suplicación por órganos de la jurisdicción social *ex* artículo 621.5 LC puede provocar la tentativa, seguramente no pretendida por el legislador, de aplicar la lógica laboral a una relación jurídica por completo ajena a ella.

- E. En quinto lugar, el artículo 621.2 LC no menciona la posibilidad del juez del concurso de moderar elementos retributivos ajenos a la extinción pero que se devengan o generan con esta y que son especialmente frecuentes en el caso del personal ejecutivo. Entre otros, cabe hacer referencia a: (i) los preavisos pactados en contrato para el caso de desistimiento empresarial del contrato o despido, que suelen tener también una finalidad compensatoria (en este sentido, no es infrecuente pactar preavisos elevados como forma de garantizar una retribución mínima al alto directivo o consejero en caso de extinción de su contrato); (ii) la retribución por obligaciones de no competencia post-contractual; o (iii) los planes de incentivos a largo plazo con cláusulas de devengo acelerado en caso de extinción del contrato. La ponderación de estas circunstancias seguramente deba ser realizada en el caso de incluir la extinción o suspensión de este tipo de contratos en el plan de reestructuración puesto que, si no se contemplan, será discutible que dicha medida pueda valorarse como favorecedora del buen fin de la reestructuración.
- iv. *Efectos de la suspensión*: de acuerdo con el 621.2 LC, si se decidiera la suspensión del contrato de consejero ejecutivo o del alto directivo "*este se podrá extinguir por voluntad del consejero ejecutivo o del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización en los términos del apartado anterior*".

De manera contraria a lo dispuesto en los artículos 186 y 187 LC, que no causalizan esa posible extinción, resulta llamativo que, en aras del buen fin de la reestructuración, el artículo 621 LC haya contemplado la posibilidad del alto directivo o del consejero ejecutivo de extinguir de manera indemnizada su contrato en el marco del contexto del plan de reestructuración y ello porque, lo que *prima facie* puede resultar favorable al buen fin de

la reestructuración, puede acabar torpedeando y frustrando su objetivo; no solo desde el plano indemnizatorio, sino en atención al resto del paquete retributivo concedido al ejecutivo que puede devengarse tras la extinción (por ejemplo, incentivos a largo plazo que puedan ser exigibles con su salida).

Adicionalmente, y al igual que sucede con los artículos 186 y 187 de la LDC, también resulta criticable que se imponga al ejecutivo la obligación de dar un “*preaviso de un mes*” en un contexto de suspensión del contrato, en especial, cuando dicho preaviso no es exigible en caso de extinción del contrato por el empresario *ex* artículo 621.2 LC. Es decir, la falta de reciprocidad de obligaciones en el supuesto de despido a instancias del empresario —que no requiere conceder preaviso— respecto de la terminación del contrato a instancias del alto directivo o consejero delegado —que le exige conceder un preaviso de un mes— rompe un equilibrio que viene considerándose necesario por la doctrina judicial en estos casos.

- v. *Régimen de impugnación*: en fin, el artículo 621 LC, en sus apartados 4 y 5, regula el régimen de impugnaciones de estas medidas por las partes legitimadas para ello. En concreto, se establece un régimen común para altos directivos y consejeros ejecutivos consistente en remitirse al “*incidente concursal ante el juez competente para la homologación*” y, respecto de la sentencia que recaiga, al recurso de suplicación.

De nuevo, no es difícil apreciar que tratar igual a lo que es desigual, genera graves disfunciones en tanto que es extravagante atribuir a los órganos de la jurisdicción social el conocimiento del recurso frente a sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos por quienes no tienen relación laboral. En efecto, las acciones que suscitan consejeros ejecutivos en el marco de su relación contractual competen exclusivamente a los órganos jurisdiccionales civiles, tal y como se ha declarado por la jurisprudencia de manera reiterada.

Seguramente, en este punto, hubiera resultado necesario contemplar dos regímenes separados. Altos directivos deberían poder acogerse al incidente concursal laboral y al recurso de suplicación. Por su parte, los consejeros ejecutivos deberían quedar sometidos al incidente laboral común, como cualquier otro acreedor distinto del trabajador, y al recurso de apelación. Lo contrario supone una extravagancia que encuentra difícil encaje en el sistema jurisdiccional existente y una clara intrusión no justificada en el orden social de controversias que, por su naturaleza, no pueden pertenecer a esa rama.

5. Potenciación de los derechos de participación de la representación legal de los trabajadores

A través de la modificación de varios preceptos de la LC se han fomentado los derechos de información y consulta de los representantes legales de los trabajadores (“**RLT**”) en el procedimiento concursal, pudiendo destacarse las siguientes medidas dirigidas a este fin.

En primer lugar, y a través de una técnica tendente a adaptar el tenor legislativo a las nuevas medidas tecnológicas (como las que vienen a dotar de agilidad, por ejemplo, al denominado concurso

expres), la Ley 16/2022 ha venido a modificar el artículo 7.4 LC para exigir que, con la solicitud de concurso, no solamente se proporcione la identidad de los integrantes de la RLT sino que también se facilite su dirección de correo electrónico.

Adicionalmente, se ha establecido que la RLT debe ser notificada de todas las resoluciones dictadas en el marco del procedimiento concursal. En concreto, se viene a exigir que el auto de declaración de concurso se notifique a la RLT incluso aunque esta no se hubiera personado ni hubiera comparecido como parte en el procedimiento (artículo 28.4 LC). La obligación de notificación también se prevé en los casos de concursos sin masa *ex. artículo 37.ter LC*.

Por otro lado, y para el caso del procedimiento especial para microempresas, también se prevén ciertas especificidades de participación de la RLT (entre otras, las previstas en el artículo 697 *quáter* LC), si bien estas resultarán de escasa utilidad en la práctica en la medida en que la mayoría de microempresas, en atención a su número de empleados (artículo 685 LC), rara vez tendrán representación de los trabajadores³.

Finalmente y en el marco de la regulación de los planes de reestructuración, cabe destacar el nuevo artículo 628 bis de la LC cuando dispone que “[c]ualquier modificación o extinción de la relación laboral que tenga lugar en el contexto del plan de reestructuración, se llevará a cabo de acuerdo con la legislación laboral aplicable incluyendo, en particular, las normas de información y consulta de las personas trabajadoras”. A este respecto, resulta ciertamente dudoso si al amparo del artículo 621.1 LC se han de notificar a la RLT las medidas de suspensión o extinción de contratos de alta dirección (*vid. apartado 4*). En este sentido, la doctrina ha venido entendiendo, en línea con el artículo 16 del RD 1382/1985, que “*ni el comité de empresa ni cualquier otro órgano de representación unitaria resulta ser representativo de los altos directivos*”⁴ por lo que los derechos de información y consulta del artículo 628 bis LC en principio no deberían desplegarse respecto de los contratos de alta dirección. Ahora bien, quizá la reforma de la LC hubiera sido un buen momento para replantear esta situación en la medida en que la extinción o suspensión de un contrato de alta dirección en el marco de un concurso de acreedores puede constituir una información relevante para la RLT, y ello por cuanto la figura del alto directivo, por su cercanía con la del empresario, choca con la línea de flotación del capital humano de toda empresa, siendo una información de extraordinaria relevancia para el ejercicio de la labor representativa; más si cabe en el contexto de la LC.

3 DE LA FLOR FERNÁNDEZ, María Luisa (2017): La representación de los trabajadores en la micro y pequeña empresa. En VV.AA. (Coord. CRUZ VILLALÓN, Jesús, MENÉNDEZ CALVO, María Remedios y NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena): *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales*, Albacete, Bomarzo, pp. 377 a 393.

4 MOLERO MANGLANO, Carlos (2011): *El contrato de alta dirección*, Navarra, Thomson Reuters, p. 671.

6. Medidas de protección del crédito laboral

Otra de las medidas relevantes introducidas por la Ley 16/2022 tiene que ver con la protección del crédito laboral.

En concreto, la reforma del artículo 242.1.1ª de la LC ha venido expresamente a incluir como créditos contra la masa los *“anteriores o posteriores a la declaración del concurso por indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, cualquiera que sea la fecha de la resolución que los declare”*.

A este respecto, reviste especial relevancia que se reconozca la posibilidad de que estos créditos surjan con anterioridad a la declaración del concurso y que, pese a ello, tengan la consideración de créditos contra la masa. En cambio, no se ha dotado del mismo tratamiento a *“los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengadas con anterioridad a la declaración de concurso”* que siguen manteniendo su naturaleza de créditos de privilegio general (artículo 280 de la LC). Esta diferencia puede tener su origen en la naturaleza mixta sancionatoria e indemnizatoria del recargo (entre otras, STS Social de 8-7-2009, R. 4582/2006) que, en consecuencia, le puede hacer merecedor de un tratamiento menos protector que las indemnizaciones *“puras”*, actualmente reguladas en el artículo 242.1.1ª LC.

Por otro lado, también merece prestar atención a las modificaciones experimentadas por el artículo 250 LC, en el que se ha modificado el régimen de pago de los créditos contra la masa en caso de insuficiencia de la masa activa. En concreto, se ha estructurado un sistema de créditos imprescindibles o prescindibles para la liquidación de la masa activa en el que se le ha dado especial protagonismo a los créditos laborales. En concreto, entre otros y dentro del primer grupo, quedan los créditos por salarios posteriores a la apertura de la fase de liquidación, continuando, en caso de seguir quedando masa, con el orden del artículo 242.1 LC, a salvo de la especialidad que se recoge para los créditos por salarios e indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo generados tras la declaración del concurso (art. 250.3 y 4 LC).

Adicionalmente y en el ámbito de los planes de reestructuración, reviste especial importancia el nuevo artículo 616 LC cuando dispone que cualquier crédito puede resultar afectado por el plan de reestructuración a excepción de, entre otros, los derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección. Ello supone una clara protección de las personas trabajadoras en el ámbito de los planes de reestructuración y delimita con claridad su régimen diferenciado del de los altos directivos a los que, como ya se ha visto, se les da un trato específico en el artículo 621 LC.

Por último y en relación con la regulación del convenio, también se introducen modificaciones tales como la del artículo 318 LC, que pone de manifiesto que, con las condiciones establecidas en este, la propuesta de convenio no podrá suponer para los créditos laborales, entre otros, un cambio de ley aplicable, de deudor, de modificación o extinción de garantías, o de conversión de créditos.

7. Medidas pendientes en relación con el ejercicio de acciones extravagantes de “huida del concurso”

Finalizamos el presente foro realizando un apunte final sobre lo que en la doctrina ius-laboralista se ha venido en calificar como fenómeno de huida del concurso⁵, entendido como la estrategia del trabajador de retener la competencia del juez laboral en detrimento del juez mercantil. Este fenómeno se concreta en el ejercicio por parte de los trabajadores de acciones estratégicas de extinción del contrato de trabajo *ex* artículo 50 del ET antes de ser afectados por un procedimiento de extinción colectiva por parte del juez del concurso⁶.

Resumiendo mucho las múltiples reformas habidas sobre esta concreta cuestión, recordaremos que el vigente artículo 185 LC ordena la paralización de los procedimientos individuales de extinción del contrato de trabajo iniciados ante los órganos de la jurisdicción social por parte de trabajadores cuando los mismos vinieran motivados por la situación económica o de insolvencia del concursado (e.g. retraso continuado en el pago de salarios). *De lege lata*, dicha suspensión opera únicamente respecto de los “procesos individuales posteriores a la solicitud del concurso pendientes de resolución firme”⁷.

Pese al histórico esfuerzo del legislador en adelantar el comienzo de la lógica concursal antes de su iniciación formal (pensemos en los planes de reestructuración, la incorporación de la categoría de “probabilidad de insolvencia”, o la reciente institución del *pre-pack*), no se ha aprovechado la reciente reforma para adelantar la suspensión de los procedimientos individuales de extinción del contrato de trabajo a instancias del empleado a momentos previos a la solicitud formal del concurso, haciendo viables formalmente situaciones de oportunismo o inequidad. Estas situaciones, carentes de regulación expresa, han tenido que corregirse jurisprudencialmente, extendiendo los efectos suspensivos a momentos previos a la solicitud del concurso mediante el discutible recurso a la técnica de la analogía (entre otros, autos de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo 6/2020 y 7/2020, de 13-2-2020).

Tampoco se ha aprovechado la reforma para extender la lógica del artículo 185 LC a las acciones extintivas que, por identidad de razón con las instadas al amparo del artículo 50 ET, deberían también resultar afectadas por el concurso. Pensamos en concreto en las acciones por despido tácito⁸ motivadas en situaciones de insolvencia cuya afectación por la suspensión concursal también ha sido aceptada jurisprudencialmente, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de

5 Concepto acuñado por RIOS SALMERÓN, Bartolomé (2003): La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003, *Actualidad Laboral*, nº 2, pp. 353 a 386.

6 Sobre la lógica del artículo 185 LC y el despido colectivo en concurso *vid.* RIOS MESTRE, José María (2012): *Despido colectivo y concurso de acreedores*, Navarra, Civitas, y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y DE LA MORENA CORRALES, Pablo (2016): Capítulo XXVIII: El despido colectivo en concurso. En GODINO REYES, Martín (Dir.): *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 887 a 932.

7 DE LA MORENA CORRALES, Pablo y DE LA MACORRA PÉREZ, Borja (2021): Comentario al artículo 185 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En VV.AA. (Dir.: VEIGA COPO, Abel B. y MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel): *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, Navarra, Thomson Reuters, vol. I, pp. 1067 a 1093.

8 DESDENTADO BONETE, A. (2012): Concurso y extinción del contrato de trabajo. Las competencias del juez del concurso y las reglas sustantivas. Exposición breve y apunte crítico. En VV.AA. (Dir.: ORELLANA CANO, Nuria Auxiliadora): *El concurso laboral*, Madrid, La Ley, pp. 71 y ss.

lo Social, de 13-4-2016 (R. 2874/2014) o 29-6-2017 (R. 2306/2016). En fin, mención aparte merecen los supuestos de acumulación de acción de despido y acciones resolutorias *ex* artículo 50 ET cuyo tratamiento equiparable y necesidad de atención en función del resultado de cada acción ha sido recientemente analizado con detalle por la doctrina más autorizada⁹.

De nuevo, como se puede apreciar, evidenciamos que la historia de la LC es la historia de un viaje que nunca llega a su destino. Pese a ello, esta reforma nos aproxima más a los objetivos de salvación de empresas pretendidos con ella aunque anticipa, ya desde su misma aprobación, futuras reformas que están aún por llegar.

9 ORELLANA CANO, Nuria Auxiliadora (2022): El despido cautelar como solución a la problemática de las extinciones 'extravagantes' en el concurso. En VV.AA.: *Liber amicorum en homenaje a Aurelio Desdentado Bonete*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 429 a 455.

Bibliografía

BARROS GARCÍA, Mario (2021): Comentario al artículo 221 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En VV.AA. (Dir.: VEIGA COPO, Abel B. y MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel): Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal, Navarra, Thomson Reuters, vol. I, pp. 1259 a 1266.

DE LA MORENA CORRALES, Pablo y DE LA MACORRA PÉREZ, Borja (2021): Comentarios a los artículos 185, 186 y 187 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En VV.AA. (Dir.: VEIGA COPO, Abel B. y MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel): Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal, Navarra, Thomson Reuters, vol. I, pp. 1067 a 1093.

DE LA FLOR FERNÁNDEZ, María Luisa (2017): La representación de los trabajadores en la micro y pequeña empresa. En VV.AA. (Coord. CRUZ VILLALÓN, Jesús, MENÉNDEZ CALVO, María Remedios y NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena): Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales, Albacete, Bomarzo, pp. 377 a 393.

DESDENTADO BONETE, A. (2012): Concurso y extinción del contrato de trabajo. Las competencias del juez del concurso y las reglas sustantivas. Exposición breve y apunte crítico. En VV.AA. (Dir.: ORELLANA CANO, Nuria Auxiliadora): El concurso laboral, Madrid, La Ley, pp. 71 y ss.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y DE LA MORENA CORRALES, Pablo (2016): Capítulo XXVIII: El despido colectivo en concurso. En VV.AA. (Dir.: GODINO REYES, Martín): Tratado de despido colectivo, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 887 a 932.

MERCADER UGUINA, Jesús y ALAMEDA CASTILLO, María Teresa (2015): Comentario al artículo 65 de la Ley Concursal. En VV.AA. (Coord. BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M., CAMPUZANO LANGUILLO, Ana Belén, ALAMEDA CASTILLO, Teresa y ROJO FERNÁNDEZ RÍO, Ángel José): Comentario de la Ley Concursal, Madrid, Aranzadi, p. 4 de la versión electrónica.

MOLERO MANGLANO, Carlos (2011): El contrato de alta dirección, Navarra, Thomson Reuters, p. 671.

ORELLANA CANO, Nuria Auxiliadora (2022): El despido cautelar como solución a la problemática de las extinciones 'extravagantes' en el concurso. En VV.AA.: Liber amicorum en homenaje a Aurelio Desdentado Bonete, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 429 a 455.

RIOS MESTRE, José María (2012): Despido colectivo y concurso de acreedores, Navarra, Civitas, pp. 696 y ss.

RIOS SALMERÓN, Bartolomé: La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003 (2003), Actualidad Laboral, nº 2, pp. 353 a 386.



Directrices
para las
colaboraciones

Directrices para las colaboraciones

Con objeto de facilitar la labor de la Redacción, se ruega a nuestros colaboradores que se ajusten a las siguientes líneas de orientación en la presentación de sus artículos.

Los autores entregarán el original en la fecha designada por la Dirección de la REVISTA. Con objeto de que se puedan corregir las posibles erratas, se les enviará una prueba de maquetación.

La Dirección de la REVISTA introducirá, si lo estima conveniente, las modificaciones que sean necesarias para mantener los criterios de uniformidad y calidad que requiere la publicación, e informará de ello a los autores.

Los originales deberán ser inéditos y estar referidos a los contenidos propios de la REVISTA, sin ningún tipo de premaquetación o paginación.

Si un autor presentara en su trabajo cuadros, gráficos o imágenes no elaborados por él, será de su responsabilidad la obtención de los pertinentes permisos de sus legítimos propietarios para poder publicarlos.

1. Características

1.1. Características de los artículos

- Contenido analítico (no meramente descriptivo). Se evitarán en lo posible debates excesivamente teóricos.
- Extensión: entre 15 y 20 folios.
- Se podrán incluir (aunque no es necesario) notas al pie de página, limitadas en número y, sobre todo, en extensión.
- Todos los artículos deberán encabezarse, debajo del título y el autor, con un breve resumen de su contenido en el idioma en que esté redactado (español o portugués) y traducción de este resumen al inglés. También se incluirán cuatro o cinco palabras claves (español o portugués, e inglés).

1.2. Características de los foros

- Contenido menos analítico y más descriptivo, pero se puede efectuar un análisis somero de alguna cuestión especialmente relevante. Debe hacerse un brevísimo resumen de su contenido en el idioma en que esté redactado (español o portugués) y traducción de este resumen al inglés. También se incluirán cuatro o cinco palabras claves (español o portugués, e inglés).
- Extensión entre 5 y 10 folios.
- No se pueden incluir notas al pie.

1.3. Características de las crónicas de legislación y jurisprudencia

- Deben limitarse a una enumeración de las normas o decisiones judiciales más relevantes, con un breve resumen de su contenido.
- Extensión de no más de 9 páginas por cada sección (incluyendo tanto la parte de España como la de Portugal).

2. Normas de estilo

2.1. Formato

- Letra Times New Roman, 12 puntos
- Interlineado 1,5 líneas
- Sin sangrías ni espaciados

2.2. Títulos, epígrafes y subepígrafes

- El título de la colaboración se escribirá en mayúsculas y negrita.
- En los originales, se escribirán los títulos de epígrafes en mayúsculas y negrita; los títulos de subepígrafes, en minúsculas y negrita.
- La numeración de epígrafes y subepígrafes se hará según el siguiente modelo:

1. EPÍGRAFE

1.1. Subepígrafe

(Se evitarán terceros niveles)

2.3. Utilización de cursivas, negritas y subrayados en el texto principal

- Se evitarán las negritas y los subrayados en el texto principal; se utilizará la cursiva para resaltar.
- Las citas textuales irán siempre entrecomilladas y en letra cursiva. La identificación de la fuente ha de hacerse de forma inequívoca por medio del sistema de autor, fecha y página (estilo de cita APA), con arreglo a los siguientes ejemplos:

Como afirmó en su día Menéndez (1978: 353), “la existencia de acuerdos de voto no es patrimonio exclusivo de la sociedad anónima”.

Ya lo dijo la doctrina: “La existencia de acuerdos de voto no es patrimonio exclusivo de la sociedad anónima” (Menéndez, 1978: 353).

- Se recuerda que todo aquello que sea cita literal de normas de legislación y de documentos jurisprudenciales también debe entrecomillarse y escribirse en letra cursiva.

2.4. Citas doctrinales

En los artículos y foros se debe incluir una bibliografía final ordenada por apellidos de los autores que recoja única y exclusivamente las obras que se han citado en el cuerpo de la contribución (no deben aparecer otras referencias adicionales). Si no se ha citado bibliografía en el texto del artículo o del foro, no se incluirá ese apartado final. En caso de que se citen varias obras del mismo autor, se seguirá un orden cronológico de aparición. Cuando la obra sea anónima, se alfabeticará por la primera palabra del título.

Las **citas bibliográficas seguirán el sistema internacional APA** y se harán de acuerdo con los siguientes modelos:

LIBROS:

APELLIDOS, nombre (año). *Título del libro en cursiva*. Ciudad: editorial (edición). Ejemplo: URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo (2000). *Derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons (27.^a ed. revisada en colaboración con María Luisa Aparicio).

ARTÍCULOS DE REVISTA:

APELLIDOS, nombre (año). Título del artículo sin comillas. *Nombre de la revista en cursiva*, número, páginas. Ejemplo: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1984). Escisión de sociedad anónima y obligaciones convertibles. *Revista de Derecho Mercantil*, 172-173, pp. 227-269.

COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS:

APELLIDOS, nombre (año). Título de la colaboración sin comillas. En inicial y APELLIDOS (mención de responsabilidad), *Título de la obra colectiva en cursiva*. Ciudad: editorial, [volumen], páginas

que ocupa la colaboración. Ejemplo: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1994). Calificación jurídica del crédito de descuento documentado en póliza. En A. POLO DÍEZ (coord.), *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdera y Tuells*. Madrid: La Ley, vol. II, pp. 1797-1812.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS:

APELLIDOS, nombre (año). Título del artículo o colaboración sin comillas. *Título de la publicación electrónica en cursiva*, número, [páginas]. Recuperado de <página web>,. Ejemplo: PAZ-ARES, Cándido (2003). La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4, pp. 1-61. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/162_es.pdf.

Oficinas URÍA MENÉNDEZ

ESPAÑA

BARCELONA
Av. Diagonal, 514
08006 Barcelona, Spain
barcelona@uria.com
+34 93 416 51 00

BILBAO
Torre Iberdrola Planta 21
Plaza Euskadi, 5
48009 Bilbao, Spain
bilbao@uria.com
+34 94 479 49 20

MADRID
C/ Príncipe de Vergara, 187
Plaza de Rodrigo Uría
C/ Suero de Quiñones, 42
28002 Madrid, Spain
madrid@uria.com
+34 915 860 400

VALENCIA
C/ Colón, 28
46004 Valencia, Spain
valencia@uria.com
+34 96 352 91 91

PORTUGAL

LISBOA
Praça Marquês de Pombal, 12
1250-162 Lisboa, Portugal
lisboa@uria.com
+351 21 030 86 00

OPORTO
Bom Sucesso Trade Center
4150-146 Porto, Portugal
porto@uria.com
+35 1 22 030 86 00

EUROPA

BRUSELAS
Espace Meeûs
Square de Meeûs 40
1000 Brussels, Belgium
bruxelles@uria.com
+32 (0) 2 639 64 64

LONDRES
125 Old Broad Street
17th floor
EC2N 1AR London, United Kingdom
london@uria.com
+44 (0)20 7260 1800

LATINOAMÉRICA

BOGOTÁ
Carrera 9 # 74-08
Bogotá, Colombia
bogota@uria.com
+571 326 8600

LIMA
Av. Santa Cruz No. 888 Piso 4
15074 Miraflores, Lima, Peru
peru@uria.com
+511 513-7200

SANTIAGO DE CHILE
El Golf 40, Piso 20
Santiago, Chile
chile@uria.com
+56 22 364 37 00

ESTADOS UNIDOS

NUEVA YORK
277 Park Avenue
New York, NY 10172
newyork@uria.com
+1 212 593 13 00

URÍA
MENÉNDEZ
www.uria.com