



Análisis de las novedades del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal

Equipo de Reestructuraciones

2022

Introducción

El pasado 14 de enero del 2022 se publicó en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal, aprobado por el Consejo de Ministros en su sesión de 21 de diciembre del 2021 (en adelante, el «proyecto» y, la reforma que plantea, la «reforma»).

Se trata del siguiente paso en la tramitación del anteproyecto de ley (en adelante, «anteproyecto») que conocimos el pasado mes de agosto y que ahora continuará su tramitación parlamentaria hasta ver la luz, en forma de ley, durante el primer semestre de este año.

El objeto principal de esta reforma pasa por la transposición al derecho español de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio del 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 (en adelante, la «directiva»)¹. Tal directiva, además de armonizar la regulación de los Estados miembros en materia de insolvencia, trata de facilitar la reestructuración temprana de empresas económicamente viables, pero con dificultades financieras.

Pero, aparte de dar cumplimiento a la obligación de transposición de la directiva o, mejor dicho,

aprovechando esta oportunidad legislativa, el Gobierno se propone acometer una remodelación ciertamente profunda del ordenamiento concursal español establecido en el Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR).

Las razones que impulsan este propósito, más ambicioso de lo que exigiría la transposición de la norma europea, se mencionan en la propia exposición de motivos del proyecto (que sigue la argumentación ya contenida en el anteproyecto). Se pretende dar solución a las limitaciones e ineficiencias que presenta el sistema actual y que, con frecuencia, impiden alcanzar soluciones para las empresas viables que están en dificultades financieras y se ven abocadas al concurso y, en muchos casos, a la liquidación.

Las estadísticas que se mencionan en la propia exposición de motivos del proyecto son suficientemente ilustrativas: a) el 45 % de los deudores que solicitan el concurso lo hacen ya en una situación crítica; b) la duración media de un procedimiento concursal en España se sitúa en los sesenta meses, y c) el 90 % de las empresas españolas que se declaran en concurso acaban liquidándose. Con estas estadísticas, no es de extrañar que el nivel de confianza de deudores y acreedores en el proceso concursal, tal y como ahora está definido, sea desalentador².

¹ El plazo para ello, después de una primera prórroga, vence el próximo 17 de julio del 2022.

² Las estadísticas que cada año venía publicando el Registro de Economistas Forenses del Consejo General de Economistas (REFOR-CGE) resultan bastante significativas del fenómeno al que algunos se han referido como «huida del concurso». Tomando como referencia el periodo 2017-2019, el estudio elaborado por REFOR-CGE concluye que España se encontraba a la cola de los países de Europa en número de concursos declarados. La cifra media anual de concursos en España se sitúa en dicho periodo en cuatro mil cuatrocientas empresas al año, siendo claramente inferior a la situación francesa (con cincuenta y dos mil concursos al año), a la alemana (con veinte mil concursos anuales) o a la italiana (con doce mil concursos). Incluso países como Portugal, con un producto interior bruto seis veces inferior al de España y con cuatro veces menos población que nuestro país, nos superaba en número de concursos (más de cinco mil). También resulta llamativo el caso de Dinamarca, con casi el doble de concursos (más de ocho mil), siendo un país mucho más pequeño y con un producto interior bruto muy inferior.

De ahí que el *leitmotiv* de las reformas que anunciaba el anteproyecto y que se mantienen en el proyecto vayan dirigidas a tratar de resolver —de una vez por todas— muchas de las limitaciones del derecho concursal español a las que no se había conseguido dar solución en las numerosas reformas operadas desde la aprobación de la Ley 22/2003.

Naturalmente, el análisis de la reforma no puede obviar el particular contexto y momento en que se produce; la grave crisis económica ocasionada por la pandemia de la COVID19 ha hecho necesario que el Gobierno aprobase una batería de medidas (como los expedientes de regulación temporal de empleo —ERTE—, los fondos de recapitalización de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales —SEPI—), los préstamos ICO y las moratorias concursales) para tratar de proporcionar apoyo (y, en algunos casos, *respiración asistida*) a nuestras empresas.

De hecho, el fin de la última prórroga de las moratorias concursales aprobada por el Gobierno³ coincidirá en el tiempo con la fecha estimada de entrada en vigor de lo que, esperamos, sean herramientas útiles a) para dar solución temprana a las situaciones empresariales de dificultad financiera que realmente puedan evitar el concurso y b) para proporcionar un marco que preserve el valor empresarial de aquellas otras que se vean necesariamente abocadas a la situación concursal.

Partiendo de estos antecedentes, ofrecemos a continuación un análisis detenido de las reformas más sustanciales del proyecto, destacando sus diferencias tanto con el sistema actualmente vigente como, cuando sean relevantes, con lo que anunciaba el anteproyecto aprobado en agosto.

Principales reformas incluidas en el proyecto

Con el fin de facilitar la comprensión de los cambios más sustanciales⁴ que propone la reforma, abordaremos en primer lugar aquellos que afectan al derecho preconcursal. Una

vez que los hayamos detallado, analizaremos los cambios que se introducen en el desarrollo del proceso concursal propiamente dicho.

³ El Real Decreto Ley 27/2021, de 23 de noviembre, por el que se prorrogan determinadas medidas económicas para apoyar la recuperación, aprobó la ampliación de la moratoria concedida sobre el deber de solicitar la declaración de concurso hasta el 30 de junio del 2022.

⁴ Los cambios en el articulado de la norma actual son abundantes. En este artículo nos centraremos en aquellos que consideramos más importantes.

Reforma del derecho preconcursal español

Estamos sin duda ante la novedad más importante de la reforma.

En la actualidad, el deudor que se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente puede alcanzar acuerdos de refinanciación (colectivos o singulares) con sus acreedores, obtener las adhesiones necesarias para una propuesta anticipada de convenio o someterse al mecanismo de los acuerdos extrajudiciales de pago⁵.

Si necesita que las negociaciones de dichos acuerdos se realicen sin verse sometido a ejecuciones o solicitudes de concurso necesario que comprometan el resultado de aquéllas, puede además efectuar la comunicación prevista en el artículo 583 del Texto Refundido de la Ley Concursal (que en la actualidad se conoce coloquialmente como «5 bis» y a la que en adelante nos referiremos como «precurso»). Ello —salvo en contadas excepciones⁶— le otorgará un escudo protector de tres meses. Si no logra el acuerdo, pasados esos tres meses estará obligado a solicitar el concurso dentro del mes hábil siguiente, siempre que persista la situación de insolvencia.

Cualquier acuerdo que logre con sus acreedores durante esa fase deberá garantizarle la continuidad de la actividad y estar aprobado por una mayoría relevante (tres quintos) del pasivo total de la compañía.

Si, además, pretende extender los efectos de dicho acuerdo a los acreedores disidentes, el Texto Refundido de la Ley Concursal vigente sólo le

permite hacerlo frente a los acreedores denominados *financieros* y siempre y cuando lo someta a homologación judicial (para lo cual se le exigirá que lo haya aprobado el 51 % de los acreedores financieros) y además cuente con el voto favorable de un porcentaje muy relevante del pasivo asegurado con garantía real (65 % - 80 %, dependiendo del tipo de medidas que se vayan a imponer) o, en su caso, del pasivo que no cuente con ella (60 % - 75%).

El juez de lo Mercantil sólo intervendrá en el periodo preconcursal en caso de homologación para analizar si se cumplen los requisitos formales y, en caso de impugnación, si la extensión de efectos supone un sacrificio desproporcionado a los acreedores disidentes.

Además, en la actualidad, salvo en los casos del acuerdo extrajudicial de pago —y, más recientemente, del mecanismo del *pre-pack* introducido por los juzgados de Barcelona—, no se prevé la participación de ningún mediador, ajeno a las partes, que pueda coordinar el proceso y ayudar al deudor y a los acreedores a alcanzar el acuerdo.

Todo este esquema sufrirá un cambio radical a partir de la entrada en vigor de la reforma.

Si se mantiene el texto del proyecto, ya no tendremos dos «escenarios de insolvencia», inminente o actual, pues a los existentes se añadirá un tercero, el de *probabilidad de insolvencia*, que se situará en una fase todavía más temprana que la insolvencia inminente. En este punto, el proyecto va un paso más allá que el anteproyecto y concreta que estaremos en el escenario de probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible

⁵ Libro II del TRLC, arts. 583 y ss.

⁶ Bienes no necesarios para la continuidad de la actividad, ejecuciones de créditos de derecho público y créditos con garantía real (en este último caso, únicamente a los efectos de iniciar el procedimiento de ejecución).

que el deudor no podrá hacer frente a las obligaciones que venzan en los próximos dos años⁷.

La introducción de este nuevo primer escenario de insolvencia probable nos parece adecuada a fin de posibilitar —ya sin dudas conceptuales y con expreso reconocimiento legal— el uso de los nuevos mecanismos de reestructuración en las fases más incipientes de dificultad financiera, todo ello a fin de convertirlos en herramientas de *reestructuración temprana* verdaderamente efectivas, en línea con los postulados de la directiva.

Así, desde que la empresa se encuentre en probabilidad de insolvencia, podrá realizarse la comunicación del precurso, que sufre variaciones importantes respecto al modelo actual dirigidas principalmente a propiciar el éxito en las negociaciones, convirtiéndose en un trámite mucho más reglado. Asimismo, podrá solicitarse la homologación de lo que tanto la directiva como la reforma denominan *planes de reestructuración*, con diferencias también sustanciales con respecto al régimen actual de los acuerdos de refinanciación, incluida la posibilidad de afectación de la deuda comercial y de activos y contratos e, incluso, con la posibilidad de arrastrar a socios y al propio deudor.

Dado que las reformas más importantes se centran en el tratamiento del precurso y en los llamados *planes de reestructuración*, analizaremos a continuación ambas instituciones por

separado para facilitar la comprensión del nuevo régimen.

Cambios en la comunicación del precurso

Como decíamos, los cambios que prevé la reforma son de calado, dado que se pasa de una regulación parca y poco precisa a un régimen del precurso mucho más normado y garantista.

En primer lugar, se amplía la duración del periodo protector, pudiéndose pedir una prórroga de tres meses adicionales a los tres meses inicialmente concedidos⁸. Se exigirá además que la prórroga se solicite antes de que venzan los tres primeros meses y que sea solicitada o aprobada por el 50 % del pasivo que pueda resultar afectado por el posible plan de reestructuración⁹.

Es decir, se contaría con 6 meses en total, más el mes adicional que se concede para preparar y presentar la solicitud de concurso, en caso de no haber sido posible la consecución de un plan de reestructuración que permita evitar o superar la situación de insolvencia.

En este punto, el proyecto presenta una modificación sustancial respecto del régimen que anticipaba el anteproyecto, pues recorta a la mitad el plazo del precurso que figuraba en el anteproyecto, el cual permitía encadenar prórrogas

⁷ Art. 584.2 TRLC, Proyecto.

⁸ Art. 607 TRLC, Proyecto.

⁹ Conviene destacar que el artículo 608 del Texto Refundido de la Ley Concursal del proyecto da la facultad a los acreedores de levantar los efectos de la prórroga, ya que el juez acordará dicho levantamiento si lo solicita el 40 % del pasivo afectado (el 60 % en el anteproyecto). Además, se permite que un acreedor solicite que no se le apliquen los efectos de la prórroga si ésta pudiera causarle un perjuicio injustificado (en particular, su insolvencia) o supusiera una disminución significativa del valor de su garantía.

hasta llegar a los doce meses de duración máxima. Seguramente la modificación sea acertada pues, en general, un plazo de siete meses (seis más uno) se antoja suficiente para acometer la mayoría de las negociaciones de los *planes de reestructuración*, mientras que un plazo superior genera una situación de excesiva incertidumbre y posible desprotección para los acreedores afectados por los efectos propios de la comunicación preconcursal.

La reforma también supone una transformación del contenido de la comunicación¹⁰, que deja de ser un escrito sucinto que se limitaba a informar del inicio de las negociaciones con los acreedores para pasar a ser un escrito más detallado, en el que se le impone al deudor que facilite información¹¹ que hasta ahora no era necesaria.

Amén de servir para controlar el uso legítimo de la herramienta preconcursal¹², la información extra requerida al deudor va dirigida a permitir que puedan aplicarse los efectos del precurso que la reforma introduce como novedad respecto a la versión actual del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Así, será necesario aportar una relación de los contratos necesarios para la continuidad de la actividad con la finalidad de impedir (sujeto a determinadas excepciones) la suspensión del

cumplimiento de los mismos o su resolución por incumplimientos anteriores a la comunicación de Precurso¹³.

Asimismo, el juez que conozca de la comunicación podrá, a solicitud del deudor, extender la prohibición de iniciar ejecuciones o la suspensión de las iniciadas sobre bienes y derechos que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando resulte necesario para el buen fin de las negociaciones.

De la misma manera, si se persigue impedir las ejecuciones de garantías prestadas por empresas del mismo grupo que el deudor (algo que no está previsto en la normativa vigente), ello deberá indicarse expresamente en la comunicación, detallando las razones o motivos por los que tal ejecución pondría en peligro la viabilidad tanto del deudor como del garante¹⁴.

Por último, en línea con el objetivo de propiciar la adopción de planes de reestructuración que eviten la declaración de concurso, la reforma introduce en la regulación del precurso dos novedades importantes:

- En el proyecto se establece (siguiendo las previsiones del propio anteproyecto) que, mientras estén en vigor los efectos del precurso, quedará en suspenso el deber legal

¹⁰ El artículo 587 del Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal permite la comunicación conjunta de varios deudores (en particular, sociedades del mismo grupo).

¹¹ La información que se ha de proporcionar con la comunicación del precurso está detallada en el artículo 586 del Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. En él se introduce como novedad relevante respecto del anteproyecto la necesidad de que se aporte certificado de estar al corriente de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social si el acuerdo puede afectar a créditos frente a las Administraciones Públicas.

¹² La experiencia hasta ahora ha demostrado que el precurso se utilizaba en muchos casos como una herramienta dilatoria, dirigida no tanto a dar cuenta o a propiciar un contexto de negociación seria, sino a *ganar tiempo* para preparar el concurso sin que se viera comprometido el patrimonio de la deudora por el inicio o la continuación de las ejecuciones.

¹³ Art. 598.2 TRLC, Proyecto.

¹⁴ Art. 596 TRLC, Proyecto

de acordar la disolución por existir pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social¹⁵, resolviendo así de una vez por todas la duda acerca de si la presentación de la comunicación del precurso es causa suficiente para enervar la responsabilidad de los administradores en supuestos de causa legal de disolución.

- Y, por otro lado, en un hecho sin precedentes en el derecho concursal español, permite que el experto de la reestructuración o los acreedores que representen más del 50 % del pasivo que vaya a verse afectado por un plan de reestructuración con probabilidades de ser aprobado soliciten al juez la suspensión de la solicitud de concurso presentada por el deudor¹⁶.

En consecuencia, nos encontramos ante una figura de precurso de mayor alcance, tanto en cuanto a su duración como en cuanto a sus efectos¹⁷, lo que debe redundar en alcanzar el fin último que persigue la reforma, que —recordemos— es el de permitir una negociación y suscripción de acuerdos entre deudor y acreedores que, en fase preconcursal y de la forma más temprana posible, eviten o permitan superar una situación de insolvencia. El nuevo régimen del precurso hace así evidente el redoble de la apuesta

del legislador, en línea con los postulados de la directiva, por los mecanismos y herramientas preconcursales.

En nuestra opinión, los cambios son positivos tanto en la línea de facilitar herramientas que propicien la consecución de acuerdos de reestructuración entre acreedores y deudoras como, también, en la de evitar o dificultar maniobras poco razonables o abusivas por parte de los deudores y sus socios.

Planes de reestructuración

Siendo muy significativos los cambios que la reforma introduce en el precurso, son todavía más importantes y profundas las modificaciones introducidas en el contenido, régimen de mayorías y capacidad de arrastre de los acuerdos que podrán alcanzarse para superar o evitar la situación de insolvencia. Estos cambios empiezan por la propia denominación, ya que los acuerdos de refinanciación o los acuerdos extrajudiciales de pago desaparecen y, en su lugar, pasan a denominarse planes de reestructuración.

Pero, más allá de la denominación, los cambios fundamentales introducidos en el régimen de los nuevos planes de reestructuración serían los siguientes:

¹⁵ Art. 613 TRLC, Proyecto. Disposición final sexta TRLC, Proyecto, que modifica el artículo 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

¹⁶ Art. 612 TRLC, Proyecto. Aunque dicha suspensión se levantará pasado un mes desde la presentación de la solicitud de concurso del deudor si los acreedores no hubieren presentado la solicitud de homologación de un plan de reestructuración. Se trata en todo caso de una medida importante, pues en la práctica no era infrecuente encontrarse con deudores (o con sus socios) que presionaban a sus acreedores con la presentación de la solicitud de concurso a fin de lograr un acuerdo más favorable a sus intereses. Y dicha presión solía surtir efecto si el concurso podía provocar —lo que frecuentemente sucedía— una devaluación de los activos que empeoraba las expectativas de recuperación para los acreedores.

¹⁷ El precurso mantiene en esencia la prohibición de inicio o continuación de las ejecuciones por parte de los acreedores que actualmente contempla el Texto Refundido de la Ley Concursal. Sí que es una novedad del proyecto, respecto del anteproyecto, la no necesidad de que el 50 % del pasivo financiero total apoye la suspensión de las ejecuciones derivadas de dichos pasivos.

- En cuanto al contenido de los planes de reestructuración:
 - a. A diferencia del régimen actual¹⁸, se prevé expresamente la posibilidad de que los nuevos planes de reestructuración afecten no sólo al pasivo, sino también al activo y a los fondos propios, incluida la venta de activos o de unidades productivas¹⁹ o incluso de la totalidad de la empresa²⁰, así como la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y de alta dirección²¹.
 - b. En cuanto al pasivo, a diferencia del régimen actual, en el que únicamente pueden extenderse los efectos de un acuerdo de refinanciación a los acreedores disidentes titulares de créditos financieros²², el plan de reestructuración permitirá también el arrastre de otros pasivos (incluso de carácter contingente o condicional), aunque tengan diferente naturaleza, en particular del pasivo comercial²³, de los créditos de derecho público²⁴ e incluso de los socios²⁵.
- En cuanto a la aprobación del plan de reestructuración:
 - a. A diferencia del régimen actual, para la aprobación del plan de reestructuración se deberá agrupar previamente a los acreedores en clases. La reforma concede gran margen a las partes que impulsan el plan de reestructuración para la configuración de cada clase, dándose simplemente unas guías o principios generales que aseguren la objetividad de la diferenciación de cada clase (i. e., la existencia de un interés

¹⁸ No se incluye por cierto en la reforma ningún precepto que liste, en una aparente relación de *numerus clausus*, el contenido posible o susceptible de imposición a los acreedores disidentes, como sí hace la norma vigente, que ha llevado a decisiones judiciales dispares sobre las posibilidades de extensión de efectos a acreedores disidentes.

¹⁹ Art. 614 TRLC, Proyecto.

²⁰ No se precisa suficientemente en la reforma cuál sería el resultado de un plan de reestructuración que pivotase sobre la venta de la totalidad de la empresa; puede perfectamente interpretarse no obstante que dicha opción es admisible siempre que el mantenimiento de la actividad empresarial esté soportado por el correspondiente plan de viabilidad y que la sociedad transmitente de la unidad empresarial pueda ser objeto, una vez homologado el plan de reestructuración, de liquidación ordinaria.

²¹ Art. 620 TRLC, Proyecto.

²² Art. 606.2 TRLC. 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.

²³ Art. 616 TRLC, Proyecto. Únicamente no podrán verse afectados por el plan de reestructuración los créditos por alimentos, de parentesco o de matrimonio, los créditos derivados de responsabilidad civil extracontractual y los laborales distintos de los del personal de alta dirección.

²⁴ Art. 616 bis TRLC, Proyecto. La posibilidad de afectar al crédito de derecho público es una novedad del proyecto (que no se contenía en el anteproyecto). No obstante, la afección del crédito de derecho público es limitada, pues exige que el deudor esté al corriente de pago de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social en el momento de presentar el precurso y la solicitud de homologación; el plan de reestructuración sólo puede afectar a deudas con una antigüedad máxima de dos años y únicamente podrán aplicarse esperas de hasta dieciocho meses desde la solicitud de precurso o de hasta doce meses desde el auto de homologación (que se reducen a seis meses en caso de que previamente se hubiera concedido ya un aplazamiento o fraccionamiento de la deuda).

²⁵ Art. 640 TRLC, Proyecto.

común, igualdad de rango o tipología del crédito)²⁶.

Por ello, debe concluirse que los nuevos planes de reestructuración pivotan sobre una configuración de clases de créditos mucho más flexible que la de los actuales acuerdos de refinanciación homologables, que únicamente prevén la formación de dos clases de acreedores (siempre financieros), dependiendo de si disponen o no de garantías reales.

- b. El plan de reestructuración se entenderá aprobado, como norma general, cuando cuente con el voto favorable de todas y cada una de las clases que queden afectadas por dicho plan. Para ello deberá obtenerse el voto favorable, en cada clase, o bien de más de los dos tercios del pasivo incluido en ella si hablamos de clase desprovista de garantías reales²⁷, o bien de, como mínimo, los tres cuartos si se trata de una clase formada por créditos por garantía real.
- c. Cuando el plan de reestructuración afecte a créditos vinculados por un pacto de sindicación, se respetarán los pactos contractuales sobre procedimiento

y ejercicio del derecho de voto y se aplicarán las mayorías establecidas en el apartado *b* anterior, salvo que el propio pacto de sindicación prevea una mayoría inferior para aprobar esos efectos. En ambos casos, y si vota a favor la mayoría necesaria, se entenderá que aceptan el plan de reestructuración la totalidad de los créditos sindicados. 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 el plan de reestructuración no ha sido aprobado por esa clase²⁸.

- En cuanto a la homologación judicial del plan de reestructuración:
 - a. La reforma establece que se requerirá²⁹ la homologación judicial del plan de reestructuración cuando se pretenda extender sus efectos a acreedores o a clases de acreedores disidentes o a los socios; también cuando se pretenda resolver contratos o proteger la financiación interina y la nueva financiación que esté prevista en el plan de reestructuración —así como los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de

²⁶ Art. 623 TRLC, Proyecto. Sí se prevén determinadas clases de configuraciones necesarias. Así, los créditos con garantía real deberán constituir una clase única, salvo que la heterogeneidad de los bienes o derechos gravados justifique su separación en más de una clase (art. 624 TRLC, Proyecto). También se establece en dicho precepto que los créditos de un mismo rango concursal podrán separarse en distintas clases cuando haya razones que lo justifiquen. Entre dichas razones se encuentran la naturaleza financiera o no de los créditos, la existencia de conflictos de intereses que puedan tener los acreedores que formen parte de distintas clases o incluso cómo los créditos vayan a quedar afectados por el plan de reestructuración. En lo que constituye una novedad respecto al anteproyecto, el artículo 624 bis del Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal aclara que los créditos de derecho público también constituirán una clase única.

²⁷ Art. 629 TRLC, Proyecto.

²⁸ Art. 630 TRLC, Proyecto. Salvo que hayan quedado afectados en virtud de las cláusulas contractuales del propio pacto de sindicación, los acreedores que no hayan votado a favor del plan podrán oponerse o impugnarlo de conformidad con lo previsto en este título.

²⁹ Art. 635 TRLC, Proyecto.

dicho plan— frente a las acciones rescisorias³⁰ que se pudieran interponer en un concurso posterior. De esta forma, en esos casos, se asegura el debido control judicial y se posibilita un cauce contradictorio que asegure la protección suficiente de todos los intereses en juego.

- b. En cuanto a la extensión de efectos a los acreedores o a las clases de acreedores disidentes, conviene señalar que la reforma contempla no sólo el arrastre *intra clase* (el arrastre de acreedores disidentes dentro de una clase que haya votado a favor), sino también el arrastre a clases enteras de acreedores disidentes, el denominado arrastre *inter clase*. En este sentido, en defecto de la correspondiente mayoría dentro de cada una de las clases, se permite el arrastre entre ellas siempre que el plan de reestructuración haya sido aprobado por una mayoría simple de clases (si una de ellas corresponde a créditos con privilegio especial) o, en su defecto, por, al menos, una clase que pueda presumirse que habría recibido algún pago tras una valoración de la deudora como empresa en funcionamiento³¹.
- c. Por ello, consciente el legislador de las disputas que pueden surgir entre las partes afectadas en cuanto a la propia

configuración de clases (habida cuenta de la importancia que ésta tiene para la homologación del plan de reestructuración y las expectativas de arrastre *intra e inter clases* —pensemos en posibles construcciones artificiales dirigidas a facilitar la aprobación dentro de una clase o la imposición de todo el plan a las demás clases—), la reforma incluye un trámite incidental previo de preaprobación por el juez homologante de la configuración de clases (art. 625 TRLC, Proyecto), del que podrán hacer uso tanto el deudor como los acreedores que representen más del 50 % del pasivo que vaya a quedar afectado por el plan de reestructuración.

- d. Importante novedad es también la posibilidad que se introduce de imponer el plan de reestructuración al deudor, a los socios o a ambos. Así, a diferencia del régimen actual, en el que no es posible imponer un acuerdo de refinanciación al deudor (e, indirectamente, a los socios), la reforma contempla la posibilidad de arrastrar al deudor³² y a los socios disidentes siempre y cuando se obtengan las mayorías de voto favorable de los acreedores indicadas en el proyecto y, además, la sociedad se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente. Es decir, no es posible el arrastre

³⁰ Arts. 615 y 667 TRLC, Proyecto. Para proteger la financiación nueva y la interina frente a acciones de rescisión en un concurso posterior se requiere la homologación del plan de reestructuración. Dicha protección será total para los planes de reestructuración cuyos créditos afecten al 51 % del pasivo total, salvo que se pruebe que se llevaron a cabo en fraude de acreedores. Si no se alcanzase dicha mayoría, serán rescindibles si son perjudiciales para la masa activa, sin que sean de aplicación las presunciones establecidas en la ley para determinar la existencia de dicho perjuicio. La financiación interina o la nueva financiación otorgada por personas especialmente relacionadas sólo gozará de protección si los créditos afectados por el plan de reestructuración representan más de dos tercios del pasivo total.

³¹ De acuerdo con la clasificación de créditos prevista en el artículo 639 del Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. En este caso, la solicitud de homologación deberá ir acompañada de un informe del experto en reestructuraciones sobre el valor de la deudora como empresa en funcionamiento.

³² Sólo si se trata de una persona jurídica (art. 640.1 TRLC, Proyecto).

de los socios o la imposición del plan a la propia deudora en una situación de mera probabilidad de insolvencia, lo que, por otra parte, parece lógico y razonable, dado que el valor de la sociedad —y por tanto de sus acciones o participaciones— en ese estadio tan inicial de la insolvencia podría no haberse visto deteriorado sustancialmente³³.

- e. En ese sentido se incorpora también como novedad³⁴ respecto al régimen actual que, cuando el plan de reestructuración contenga medidas que requieran el acuerdo de los socios de la deudora, se estará a las reglas generales aplicables al tipo de sociedad del deudor, con las especialidades en cuanto a plazos, convocatorias de juntas y reglas de adopción e impugnación de acuerdos que prevé el apartado segundo del artículo 631 del Texto Refundido de la Ley Concursal, en la versión establecida en el proyecto, reglas que por lo general otorgan mayor agilidad y flexibilidad a la aprobación de los socios. Asimismo, la reforma otorga a los administradores —o a alguien que designe el juez homologante a propuesta de cualquier acreedor legitimado— la facultad de llevar a cabo los actos necesarios para su ejecución cuando el plan contuviera medidas que requiriesen acuerdo de junta o asamblea de socios y éstas no lo hubiesen acordado³⁵.

- En cuanto al nombramiento del experto en reestructuraciones:
 - A efectos de asegurar una adecuada ponderación de intereses y de proteger los de todas las partes que se vean afectadas por los nuevos planes de reestructuración, la reforma prevé el necesario nombramiento de un experto en reestructuraciones cuando se solicite la homologación de un plan de reestructuración cuyos efectos vayan a extenderse a una o más clases de acreedores o a los socios que no hubieran votado a favor del plan cuando su voto fuera necesario según la normativa societaria³⁶.
 - En los demás casos, el nombramiento será no obligatorio y sólo se efectuará en caso de que lo solicite el deudor o un 50 % del pasivo afectado por el plan, o bien lo acuerde el juez en caso de que se proceda a la suspensión general de las ejecuciones o a la prórroga de dicha suspensión.
- Por último, en cuanto al régimen de impugnación de la homologación judicial, la reforma lo modifica sustancialmente e introduce la posibilidad de acudir a las siguientes dos vías:
 - a. De un lado, se establece la posibilidad, a instancia del solicitante, de que las partes afectadas puedan formular oposición antes de que se dicte el auto

³³ Es cierto, no obstante, que debería aprovecharse la tramitación parlamentaria de la reforma y el trámite de enmiendas para definir mejor el concepto de ‘probabilidad de insolvencia’ por contraposición al supuesto de ‘insolvencia inminente’, esto es, para delimitar mejor dónde finaliza un supuesto y comienza el otro.

³⁴ Art. 631 TRLC, Proyecto.

³⁵ Art. 650.2 TRLC, Proyecto.

³⁶ Art. 672 TRLC, Proyecto.

de homologación. En este caso, la sentencia que se dicte no será susceptible de recurso alguno³⁷.

- b. Como alternativa, la reforma permite la impugnación del auto de homologación, pero para su resolución no ya por el juez homologante, sino por la Audiencia Provincial³⁸.

En fin, como anticipábamos, las novedades que plantea la reforma son cuantiosas y de calado. Afectan de hecho a todos los ejes cardinales del sistema vigente: al contenido mismo del plan de reestructuración (que parece querer flexibilizarse), a los créditos que pueden verse afectados y quedar arrastrados, a la posición de los socios de la compañía, a los actores que intervienen en el proceso y al régimen de mayorías.

Realmente las modificaciones que incorpora la reforma en este ámbito ponen de manifiesto la apuesta del legislador (en línea con los postulados de la directiva) por los mecanismos y herramientas preconcursales.

Como resaltábamos al principio, en nuestra opinión, la introducción del escenario de probabilidad de insolvencia va a permitir el uso de los nuevos mecanismos de reestructuración en las fases más incipientes de dificultad, convirtiéndolos en auténticas herramientas de reestructuración temprana.

El resto de las modificaciones propuestas en la reforma en la fase preconcursal proporcionan herramientas que, a la vez que deben propiciar la consecución de acuerdos entre acreedores y

deudores, facilitan mecanismos que tratan de evitar o dificultar maniobras estratégicas poco razonables o abusivas por parte de deudores y sus socios que pudieran acabar comprometiendo la viabilidad de la empresa.

Dicho lo anterior y sin perjuicio de ello, la relevancia —y novedad— de algunos de los cambios propuestos aconseja aprovechar la tramitación parlamentaria de la norma para dotar de un mayor grado de concreción y explicitación a algunas de las novedades mencionadas.

Así, por ejemplo, en lo que se refiere a la imposición del plan de reestructuración a las clases de acreedores disidentes, sería oportuno un mejor desarrollo de la mecánica de arrastre propuesta en el artículo 639 del Texto Refundido de la Ley Concursal, aclarando puntos como el porcentaje del crédito que habría sido pagado por la clase que aprueba el plan o si la mayoría simple de las clases se refiere únicamente al número de clases o también al importe de crédito que ellas aglutinan.

Lo mismo podría predicarse en relación con la distinción de los escenarios de probabilidad de insolvencia e insolvencia inminente, que con la redacción actual parecen solaparse haciendo difícil vislumbrar cuándo acaba uno y empieza el otro. Este aspecto puede ser clave en caso de que el plan de reestructuración quiera imponerse a los socios del deudor, como hemos visto.

O, en fin, podría explicitarse que —como parece— el legislador está apostando por un régimen mucho más flexible para los planes de reestructuración en cuanto al contenido posible de los

³⁷ Arts. 662 y ss. TRLC, Proyecto.

³⁸ Art. 653 y ss. TRLC Proyecto. Conviene señalar que el art. 657 TRLC, Proyecto, también permite impugnar la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que se haya acordado en el auto de homologación.

acuerdos, también en lo relativo a posibles medidas susceptibles de imposición a los acreedores y clases disidentes.

Reformas del procedimiento concursal

El segundo gran grupo de medidas relevantes de la reforma van dirigidas a mejorar el desarrollo y funcionamiento del propio procedimiento concursal.

La Directiva 2019/1023 impone a los Estados miembros el mandato de adoptar las medidas necesarias para asegurar que los procedimientos de insolvencia se tramiten de forma rápida y eficiente. Y, como decíamos al comienzo, el análisis histórico de nuestra más reciente experiencia concursal revela que el señalado doble objetivo de rapidez y eficiencia dista mucho de haberse alcanzado.

Por ello a lo largo de la reforma se van estableciendo una serie de modificaciones procesales que tratan de agilizar el proceso, persiguiendo dotarlo de una menor rigidez y de un mayor grado de eficiencia, y que procuran adaptar su desarrollo a las características de las pequeñas y medianas empresas.

A continuación analizaremos dichas reformas agrupándolas según las siguientes materias:

reformas procesales, creación de regímenes especiales, reformas en el proceso de exoneración del pasivo insatisfecho y reformas en la sección de calificación.

Reformas procesales

Las medidas tendentes a la agilización del proceso son las siguientes:

- Se limita la duración máxima del procedimiento de concurso a doce meses desde la apertura de la sección primera (declaración concurso) hasta el cierre de la quinta (convenio/liquidación), sin perjuicio de que el juez pueda acordar una ampliación de dicho plazo en atención a la posible complejidad del concurso o a las circunstancias justificadas que pudieran concurrir³⁹.
- Se adelanta la necesidad de optar por la liquidación o por el convenio a la presentación del informe provisional de la administración concursal. Ya no será necesario esperar a la configuración de los textos definitivos⁴⁰ al considerarse que dicha espera era una de las causas principales del retraso en el desarrollo de los concursos⁴¹.
- Se suprime el convenio anticipado y la necesidad de celebrar la junta de acreedores, estableciéndose el sistema de adhesiones escritas a la propuesta anticipada de convenio que existe en la actualidad⁴².

³⁹ A la vista de la sobrecarga a que se enfrentan actualmente los juzgados de lo Mercantil españoles es difícil pensar que estos plazos puedan llegar a cumplirse.

⁴⁰ Art. 296 bis y 337 TRLC, Proyecto.

⁴¹ Adelantar este hito procesal puede traer consecuencias negativas. En los concursos en los que las impugnaciones sobre el listado de acreedores o el inventario de bienes y derechos sean relevantes, puede resultar muy complicado armar una propuesta de convenio creíble si el pasivo (o su calificación) está en entredicho. Incluso puede afectar también a la liquidación, pues puede imposibilitar que no se tenga certeza del activo a realizar (o su valor) o de la deuda a abonar una vez obtenido el producto de su realización.

⁴² Art. 351 TRLC, Proyecto.

- Se elimina la necesidad de que el juez apruebe un plan de liquidación. En lugar de ello, la reforma opta por establecer «reglas generales de liquidación»⁴³, facultando, no obstante, al juez del concurso para que, al acordar la apertura de la fase de liquidación o en resolución posterior, pueda establecer «reglas especiales de liquidación»⁴⁴ atendiendo a la composición de la masa activa, a las previsibles dificultades que tenga la liquidación o a 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.
- La reforma también contiene nuevas normas relativas a la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias de las unidades productivas que tratan de agilizar su enajenación⁴⁵. En aquéllas se faculta al deudor para que, junto con la solicitud de concurso, pueda presentar una propuesta escrita vinculante para la adquisición de una o varias unidades productivas, persiguiendo claramente con ello el mantenimiento del valor empresarial en la mayor medida posible.
- La reforma adapta el proyecto a la experiencia (aunque corta) acumulada con el mecanismo del *pre-pack*, estableciendo la posibilidad de proceder al nombramiento de un experto para recabar ofertas de adquisición de unidades productivas en fase preconcursal⁴⁶. En este punto, el proyecto ha establecido como novedad la obligación del adquirente de continuar o de reiniciar la actividad con la unidad o unidades productivas adquiridas por un mínimo de tres años, previendo que su incumplimiento pueda habilitar a cualquier perjudicado para reclamar del adquirente la indemnización de los daños y perjuicios causados⁴⁷.
- La reforma introduce normas que tratan de evitar pronunciamientos judiciales (con el consiguiente retraso que ello supone) en materias tradicionalmente conflictivas. Así, en caso de insuficiencia de la masa activa, se concretan los créditos que tendrán la consideración de imprescindibles para la conservación y liquidación de la masa activa, eliminando con ello el muchas veces engorroso trámite de confirmación judicial previa que se exigía en la actualidad. Así, se incluyen en ella los créditos por salarios de los trabajadores devengados después de la apertura de la fase de liquidación mientras continúen prestando sus servicios, la retribución de la administración concursal durante la fase de liquidación y las cantidades adeudadas a partir de la apertura de la fase de liquidación en concepto de rentas de los inmuebles arrendados para la conservación de bienes y derechos de la masa activa⁴⁸.

⁴³ Arts. 421 y ss. TRLC, Proyecto.

⁴⁴ Art. 415 TRLC, Proyecto.

⁴⁵ Art. 224 bis TRLC, Proyecto.

⁴⁶ Art. 224 ter TRLC, Proyecto.

⁴⁷ Art. 224 septies TRLC, Proyecto.

⁴⁸ Art. 250.2 TRLC, Proyecto.

Creación del régimen especial y el de las microempresas

En su intento por hacer que el proceso concursal sea más eficiente, la reforma crea dos regímenes que tratan de adaptar las normas del proceso concursal a las empresas de reducida dimensión y a las microempresas.

Algunas de estas especialidades vienen exigidas por la directiva y otras se explican por la necesidad de abaratar costes y facilitarles el acceso a los mecanismos preconcursales.

En primer lugar, la reforma crea el que denomina *régimen especial*, que se aplicará a las personas naturales o jurídicas que desarrollen una actividad empresarial o profesional, siempre y cuando su número medio de empleados durante el ejercicio anterior al concurso no sea superior a cuarenta y nueve personas y su volumen de negocios anual no supere los diez millones de euros⁴⁹.

Las particularidades más destacadas de dicho régimen especial son las siguientes⁵⁰:

- Se excluye la posibilidad de imponer un plan de reestructuración que no cuente con la aprobación del deudor.
- Aunque no haya sido aprobado por todas las clases de acreedores, el plan de reestructuración podrá ser homologado si la clase o clases de acreedores que no lo hayan apoyado reciben un trato más favorable que cualquier otra clase de rango inferior.

- Los deudores contarán con modelos oficiales de planes de reestructuración y se los eximirá de la intervención notarial para la formalización del plan y de la certificación del auditor⁵¹.
- La tramitación de solicitud de declaración de concurso presentada por el deudor no se podrá suspender a instancia de los acreedores ni del experto en la reestructuración.
- Los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones a solicitud del deudor sólo podrán prorrogarse una vez. El deudor será el único legitimado para solicitar la prórroga de los efectos de la comunicación de apertura de las negociaciones.
- La homologación del plan de reestructuración sólo podrá solicitarse si el deudor y, en su caso, los socios, lo hubieran aprobado. Asimismo, la confirmación judicial de las clases de acreedores sólo podrá ser solicitada por el deudor.

En segundo lugar, la reforma propone igualmente la inclusión de un régimen específico para las microempresas⁵² (o micropymes), a las que define como aquellas empresas que tienen menos de diez trabajadores y unos ingresos anuales inferiores a los dos millones de euros⁵³.

El procedimiento especial diseñado para ellas busca reducir los costes del procedimiento eliminando todos los trámites que no sean estrictamente necesarios y dejando reducida la

⁴⁹ Arts. 682 y ss. TRLC, Proyecto.

⁵⁰ Art. 684 TRLC, Proyecto.

⁵¹ Art. 684.1 TRLC, Proyecto.

⁵² No obstante, el proyecto introduce como novedad en su disposición transitoria segunda que el régimen aplicable a las microempresas no entrará en vigor hasta el 1 de enero del 2023.

⁵³ Arts. 685 y ss. TRLC, Proyecto.

participación de profesionales e instituciones a los supuestos en que cumplan una función imprescindible o cuyo coste sea asumido voluntariamente por las partes.

En el procedimiento se establecen dos posibles itinerarios que se deberán indicar ya en el momento de solicitar la apertura del procedimiento⁵⁴: una liquidación rápida (*fast-track*)⁵⁵ o un procedimiento de continuación, de rápida gestión y flexible⁵⁶.

El procedimiento especial de liquidación está concebido para dotar a las microempresas de un instrumento sencillo, rápido y flexible. Salvo que los acreedores soliciten el nombramiento de un administrador concursal, será el propio deudor quien liquide la masa activa. A fin de proceder a la liquidación los deudores contarán con una plataforma de liquidación que será de acceso gratuito y universal.

Por su parte, el procedimiento de continuación previsto para las microempresas supone una adaptación de las reglas previstas para los planes de reestructuración, aunque, a diferencia de éstos, su desarrollo se llevará a cabo una vez iniciado el procedimiento concursal de la microempresa⁵⁷.

El procedimiento previsto para las microempresas propone igualmente una sección de

calificación abreviada del concurso⁵⁸ en la que se trata de reducir los plazos establecidos en el procedimiento ordinario. Se mantiene en la sección el papel importante que se otorga a los acreedores en el régimen ordinario (al que luego haremos referencia). Los acreedores que ostenten más del 10 % del pasivo podrán presentar su propio informe de calificación, aunque sólo la administración concursal o los acreedores públicos podrán sustentar por sí mismos la calificación del concurso como culpable⁵⁹.

Exoneración de pasivo insatisfecho

La reforma también introduce importantes modificaciones en el procedimiento de exoneración del pasivo insatisfecho. Son las siguientes⁶⁰:

- Se elimina el presupuesto objetivo que exige el actual 488 del Texto Refundido de la Ley Concursal para acceder a la exoneración, que ya no quedará condicionada a la satisfacción de un determinado tipo de deudas (como recoge la norma actualmente vigente⁶¹) y al intento del acuerdo extrajudicial de pagos.
- En su lugar, 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

⁵⁴ Art. 697 TRLC, Proyecto.

⁵⁵ Arts. 705 y ss. TRLC, Proyecto.

⁵⁶ Arts. 697 y ss. TRLC, Proyecto.

⁵⁷ Arts. 698 y 698 bis TRLC, Proyecto.

⁵⁸ Art. 717 TRLC, Proyecto.

⁵⁹ Art. 717 TRLC, Proyecto.

⁶⁰ Arts. 486 y ss. TRLC, Proyecto

⁶¹ Recordemos que el artículo 488 del Texto Refundido de la Ley Concursal establece que, actualmente, para poder acceder a la exoneración, será necesario haber satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos privilegiados.

instituto, puede verse exonerado de todas sus deudas, salvo que concurran las excepciones o prohibiciones establecidas en los artículos 487 y 488 del proyecto.

- Entre las excepciones que implicarán la inexistencia de buena fe se incluye como novedad, respecto a la letra del actual Texto Refundido de la Ley Concursal, la de que en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración el deudor haya sido declarado persona afectada en la sentencia de calificación del concurso de un tercero calificado de culpable, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad.
- Se amplía la exoneración a todas las deudas concursales y contra la masa, salvo para aquellas que, de forma excepcional y por su especial naturaleza, se consideran legalmente no exonerables.
- Las deudas no exonerables serán las deudas por alimentos, las de derecho público —cuya exoneración queda sujeta a límites—⁶², las deudas derivadas de ilícito penal o de responsabilidad extracontractual, así como las correspondientes a los costes o gastos judiciales derivados de la tramitación de la propia exoneración y las deudas que gocen de garantías reales.
- Por último, de forma excepcional, se permite al juez que declare la no exonerabilidad total o parcial de ciertas deudas cuando ello

sea necesario para evitar la insolvencia del acreedor.

Reforma en la sección de calificación

Por último, la reforma en ciernes del procedimiento concursal implica también modificaciones transcendentales de la sección de calificación del concurso.

La más inmediata afecta a la formación misma de la sección. Así, la reforma adelanta el momento procesal en el que ésta se llevará a cabo, situándolo en el decreto que ponga fin a la fase común. Es decir, ya no habrá que esperar a la aprobación del plan de liquidación o al dictado de la sentencia que apruebe el convenio (de contenido *gravoso*) para confirmar si se abre o no la sección.

Y no habrá que esperar porque sencillamente el legislador parece querer que la pieza de calificación se tramite en todo caso. De ahí que se proponga la eliminación de la excepción que prevé el actual 446 del Texto Refundido de la Ley Concursal, que permitiría eludir la apertura de la sección si se aprueba un convenio de los denominados *no gravosos*⁶³.

Dicha modificación es transcendente porque pone fin a la práctica ya extendida de aprovechar la excepción actual para tratar de esquivar la pieza de calificación. Como se reconoce en la propia exposición de motivos de la reforma,

⁶² Arts. 488 y 489 TRLC, Proyecto. Este punto es una novedad del proyecto respecto del anteproyecto. Por un lado, se introduce la posibilidad de extender la exoneración del crédito del que fuesen titulares la Hacienda Pública y la Seguridad Social, pero, por otro, se limita dicha exoneración al importe de mil euros por cada uno dichos organismos públicos. Asimismo, dicha facultad sólo estará presente en la primera solicitud de exoneración y no en las siguientes.

⁶³ Los convenios no gravosos son los recogidos en el actual artículo 446.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal, convenios en los que se establezca, para todos los créditos o para los de una o varias clases o subclases de las establecidas en dicha ley, una quita inferior a un tercio del importe de esos créditos o una espera inferior a tres años.

bastaba para ello, simplemente, con incluir en el convenio «una cláusula de pago íntegro e inmediato a los créditos concursales inferiores a cien euros o de quita para los pequeños créditos del 5 % del importe del crédito».

En segundo lugar, la reforma confiere un papel más prominente a los acreedores. Los acreedores que representen al menos un 10 % del pasivo o sean titulares de créditos por importe superior a un millón de euros, así como los acreedores públicos⁶⁴, podrán presentar también un informe de calificación y perseguir, por sí solos, la declaración de culpabilidad del concurso⁶⁵.

Dicha modificación implica un cambio profundo del sistema actual, en el que los acreedores tenían un papel mucho más residual que les obligaba a ir siempre *a remolque*⁶⁶ de lo que dictaminaran la administración concursal y el ministerio fiscal⁶⁷. Si estos dos órganos coincidían en calificar el concurso de fortuito, la pieza se archivaba sin remisión, y ello, aunque existieran acreedores interesados en promover la culpabilidad de aquél.

En tercer lugar, la reforma contiene también modificaciones procesales importantes que conviene destacar:

- Así, se incluyen reglas especiales en materia de costas. La sentencia que desestime la solicitud de culpabilidad del concurso formulada por la administración concursal no lo

condenará al pago de las costas causadas, salvo en caso de temeridad. Y, de la misma manera, la sentencia que declare la culpabilidad del concurso no condenará en costas a las personas afectadas por la calificación o a los declarados cómplices. Nada se dice respecto a los acreedores que sustenten por ellos mismos la culpabilidad del concurso, con lo que habrá que entender que éstos sí asumirán el riesgo de una hipotética condena en ese sentido.

- De la misma manera se regulan expresamente en la reforma los efectos de una posible transacción sobre la calificación del concurso. Según los términos actuales, ésta sólo podrá afectar a los términos económicos de la condena y, previamente a su aprobación, deberá darse traslado a los personados en la pieza a fin de que aleguen lo que su derecho convenga⁶⁸.

Por último, para concluir el análisis de las modificaciones introducidas en la sección de calificación, conviene hacer referencia a dos novedades que contiene el proyecto respecto a la versión del anteproyecto publicada en agosto.

Por un lado, se ha eliminado la referencia expresa a la posibilidad de incluir como cómplice al auditor del deudor durante los tres años anteriores al concurso. Se desconocen los motivos de la eliminación de dicha referencia expresa, como también se desconocían los motivos que habían

⁶⁴ La introducción, a efectos de legitimación, de los acreedores titulares de créditos superiores al millón de euros y de los acreedores públicos es una novedad del proyecto respecto de las previsiones del anteproyecto.

⁶⁵ Art. 449 TRLC, Proyecto.

⁶⁶ Así lo había establecido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de febrero del 2015, en la que fijó la doctrina de la intervención adhesiva simple.

⁶⁷ Como consecuencia de la aparición del informe de calificación de los acreedores, la participación del ministerio fiscal queda reducida a los casos en los que en los informes de calificación se pusiera de manifiesto la existencia de un hecho constitutivo de delito.

⁶⁸ Art. 451 bis TRLC, Proyecto. El traslado a las partes personadas supone una novedad del proyecto.

llevado a su incorporación, ya que en ambos casos la exposición de motivos guarda silencio al respecto.

Por otro, resulta conveniente destacar la introducción de una nueva presunción *iuris tantum* de culpabilidad del concurso, en caso de incumplimiento de convenio y que consiste en la falta de reclamación por el deudor de las obligaciones exigibles.

En definitiva, la reforma pretende potenciar claramente la sección de calificación, que se tramitará siempre y en todo caso, y en ella tendrán un papel protagonista los acreedores —que quedan con el régimen actual muchas veces marginados de las conversaciones y acuerdos alcanzados entre la administración concursal informante y la deudora que persigue un carpetazo rápido de la sección—.

Resulta en todo caso sorprendente la atención que se presta a la sección de calificación por dos motivos esenciales:

- Primero, porque no parece que la tramitación de la pieza de calificación fuera uno de los principales problemas del actual marco concursal. De hecho, no aparece citada dentro de la descripción de los males endémicos

del derecho concursal en España que se realiza en la exposición de motivos. Más bien, al contrario, la posible tramitación de la sección de calificación y su resultado ha sido históricamente una de las preocupaciones de los deudores en dificultades y de sus administradores a la hora de decidirse a solicitar un, muchas veces, inevitable concurso.

- En segundo lugar, porque la propia exposición de motivos reconoce que el fortalecimiento de la sección de calificación no es uno de los objetivos de la directiva, que no tiene previsiones en materia de calificación del concurso. Es más, como también se reconoce en la propia exposición de motivos, se trata de una institución que no tiene reflejo en el resto de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en los que, por el contrario, se encuentra muy desarrollado el derecho penal de la insolvencia.

Siendo ello así, resulta quizá disruptiva la reforma en este punto respecto de la potenciación que se da a las herramientas preconcursales, sobre todo porque puede interferir en las negociaciones que se mantengan en la fase preconcursal, al percibirla los acreedores como una potente arma de negociación.

Conclusión

Aprovechando la transposición al derecho español de la Directiva 2019/1023, el ejecutivo ha elaborado un proyecto de reforma normativa que supone cambios profundos en el sistema concursal español con el objetivo de dar definitiva respuesta a algunos de los problemas endémicos que nuestra práctica concursal y preconcursal ha venido poniendo de manifiesto.

En realidad, la reforma plantea una completa transformación del derecho preconcursal con varias finalidades: a) anticipar las actuaciones a una fase lo más temprana posible para proteger el valor de la empresa; b) dotarlo de las herramientas necesarias para facilitar la consecución de soluciones preconcursales, y c) otorgar más *capacidad de maniobra* a los acreedores, que

podrán en algunos supuestos imponer la reestructuración a los socios del deudor. Y en la misma línea de articular mecanismos preconcursales realmente efectivos para la protección del valor empresarial cabe leer la inclusión en la reforma de la histórica reivindicación de la posibilidad de afectación de pasivos de naturaleza distinta a la financiera (sí sería deseable un paso más decidido para un mayor grado de sometimiento a los planes de los créditos de derecho público) o la capacidad de operar sobre las relaciones contractuales también como contenido posible del plan.

En definitiva, la reforma trata en efecto de incentivar —impulsada por los motivos que inspiran la directiva— el recurso a los mecanismos preconcursales entre deudor y acreedores en el momento más temprano y con mucha más flexibilidad que hasta ahora, con el fin último de evitar concursos innecesarios con efectos traumáticos para los sujetos afectados.

Sin duda, la apuesta es positiva y creemos que, con la debida concreción de los ángulos aún oscuros o poco definidos —algunos puestos aquí de manifiesto—, debe ayudar a superar la situación a la que pueden verse abocadas una gran parte de las empresas de este país en un futuro lamentablemente cercano.

En fin, también remarcable, la reforma prevé numerosas medidas dirigidas a que el procedimiento concursal español pueda ser más ágil y eficiente modificando trámites procesales que retrasaban el desarrollo del proceso y adecuando las reglas de éste a las pequeñas y medianas empresas.

En todo caso, a partir de ahora será necesario hacer un seguimiento estrecho del desarrollo parlamentario del proyecto a fin de verificar si, finalmente, la norma que entre en vigor mantiene en su integridad y términos los citados cambios.

Para cualquier duda, por favor, póngase en contacto con alguno de los siguientes letrados:

Miguel Lamo de Espinosa Abarca
Socio del Área de Bancario y Financiero
y coordinador de Reestructuraciones
mlamo@ga-p.com

Ferran Foix Miralles
Socio del Área de Bancario y Financiero
y coordinador de Mercado de Capitales
ffoix@ga-p.com

Paula Zarzalejos Buesa
Abogada del Área de Bancario y Financiero
pzarzalejos@ga-p.com

Rodrigo López González
Socio del Área de Procesal y Arbitraje
y responsable de la práctica de Concursal
rlopez@ga-p.com

Irene Arévalo González
Socia del Área de Procesal y Arbitraje
iarevalo@ga-p.com

José Antonio Gómez Calafat
Abogado del Área de Procesal y Arbitraje
jagomez@ga-p.com

Rafael Aguilera Álvarez
Socio del Área de Bancario y Financiero
raguilera@ga-p.com

Álvaro Sáinz Ruiz
Abogado del Área de Bancario y Financiero
asruiz@ga-p.com

Advertencia legal: Este boletín sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2022. Todos los derechos reservados.