

Concursal

Principales Claves de la Reforma de la Ley Concursal en el escenario preconcursal

Análisis de las principales novedades de la reforma de la Ley Concursal que entrará en vigor el 26 de septiembre de 2022¹ en el escenario preconcursal.

EQUIPO DE REESTRUCTURACIONES

de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

El pasado 6 de septiembre se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* 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) 2019/1022 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).

Concluye de esa manera la tortuosa y tardía tramitación de la reforma que empezamos a conocer hace justo un año, cuando el Gobierno de España sacó a trámite de audiencia pública el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal.

Se trata de una reforma profunda del sistema concursal español aprovechando la

obligada transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva (UE) 2019/1023², y que ha tenido en vilo a empresas y operadores jurídicos desde su inicio debido a la preocupación que genera la difícil situación económica que atraviesa nuestro país justo en el momento en que se produce su aprobación.

Según los datos publicados por Axesor³ durante el mes de agosto, tras el alzamiento de la moratoria concursal en vigor hasta el 30 de junio de 2022⁴, los concursos de acreedores en España aumentaron en julio un 21,72% respecto al mismo mes del año anterior. Mientras que según los estudios elaborados por Cepyme⁵, la desaceleración de la recuperación de la economía española y el adverso impacto de la inflación sobre las cuentas empresariales incrementaron en un 42 % la morosidad empresarial.

En este contexto de crecientes situaciones concursales, con una economía deprimida y un notable incremento de la morosidad empresarial, la reforma introduce novedades de verdadero calado en nuestro ordenamiento concursal.

A lo largo de esta nota analizaremos la profunda renovación del derecho preconcursal, que ve la luz con el claro objetivo de solventar -cuanto antes- las dificultades económicas que pueden afrontar los deudores, eludiendo con ello la declaración de concurso.

2. Reforma del derecho preconcursal español

Estamos sin duda ante la novedad más importante de la reforma, que modifica íntegramente el Libro Segundo de la Ley Concursal, titulado “Del Derecho Preconcursal”.

De cara a conseguir que el escenario preconcursal facilite la consecución de acuerdos entre deudor y acreedores, eludiendo el inicio de procedimientos concursales, la reforma introduce las siguientes novedades:

- A fin de facilitar una actuación lo más temprana posible, se amplían a tres los «escenarios de insolvencia», añadiendo a la insolvencia inminente o actual, el de probabilidad de insolvencia, que acontecerá cuando sea objetivamente previsible que el deudor no pueda

¹ La reforma concursal entrará en vigor el próximo día 26 de septiembre, salvo por lo que se refiere a las novedades introducidas en el Libro Tercero (“Procedimientos Especiales para Microempresas”), cuya entrada en vigor se retrasa al 1 de enero de 2023.

² 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. El plazo para ello, después de su prórroga, venció el pasado 17 de julio del 2022

³ <https://www-eleconomista-es.cdn.ampproject.org/c/s/www.eleconomista.es/economia/amp/11900149/Los-concursos-de-acreedores-aumentaron-%E2%80%A6>.

⁴ 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. En el mismo también se especifica que el plazo de dos meses del que dispone el deudor para solicitar la declaración de concurso voluntario —ex art. 5 del Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, “TRLR”)— debe computarse a partir del 1 de julio de 2022, con lo que deberá entenderse vencido el 1 de septiembre.

⁵ https://cepyme.es/wp-content/uploads/2022/07/NdP-Morosidad_1T2022.pdf

hacer frente a las obligaciones que venzan en los dos años siguientes y que permitirá al deudor comunicar el inicio de negociaciones con los acreedores⁶.

- Los acuerdos de refinanciación que conocíamos hasta ahora se sustituyen por los Planes de Reestructuración, cuyo ámbito de actuación es mucho más amplio.
- Así, los nuevos Planes de Reestructuración no afectarán sólo al pasivo, sino que también pueden alcanzar al activo del deudor, con medidas como la venta de activos o de unidades productivas o, incluso, de la totalidad de la empresa, con la novedad -que puede ser importante en algunos procesos- de permitirse la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y de alta dirección.
- En cuanto al pasivo, a diferencia del régimen actual, en el que únicamente podían extenderse los efectos de un acuerdo de refinanciación a los acreedores titulares de créditos financieros, el Plan de Reestructuración permitirá también el arrastre de otros pasivos (incluyendo expresamente los de carácter contingente o condicional), como el

pasivo comercial, los créditos de derecho público e incluso de los socios (estos dos últimos con ciertas limitaciones).

- De cara a proceder a su aprobación, el Plan de Reestructuración deberá agrupar 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 en la diferenciación de cada clase (i.e., la existencia de un interés común, igualdad de rango concursal o tipología del crédito)⁷.
- 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 por él afectadas.

Para ello, deberá obtenerse el voto favorable en cada clase de más de los dos tercios del pasivo incluido en ella, si hablamos de clase desprovista de garantías reales, o de más de tres cuartos del pasivo, si se trata de una clase formada por créditos por garantía real⁸.

⁶ Nótese que hemos pasado de poder solicitar el precurso en los dos meses anteriores a incurrir en situación de insolvencia a poder hacerlo dos años antes de que llegue dicho momento, aunque en ese contexto no será posible el arrastre de los socios o la imposición del Plan a la propia deudora -lo que parece razonable dado que el valor de la sociedad (y por tanto de sus acciones o participaciones) en ese escenario tan inicial de la insolvencia podría no haberse visto deteriorado sustancialmente-.

⁷ Sí se prevén determinadas clases cuya configuración ya viene determinada por la reforma. 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. La reforma también aclara que los créditos de derecho público también constituirán una clase única.

En cualquier caso, podemos ya vaticinar que la configuración de clases será seguramente, dada precisamente la flexibilidad que el TRLC concede a las partes, uno de los principales motivos de discusión en los procesos de aprobación de Planes de Reestructuración no enteramente consensuales.

⁸ 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 anterior, salvo que el propio pacto de sindicación prevea una mayoría inferior para aprobar

La reforma no solo contempla el arrastre intra clase (el arrastre de acreedores disidentes dentro de una clase que haya votado a favor, ya previsto en el régimen anterior), sino también el denominado como arrastre inter clase, es decir, el arrastre a clases enteras de acreedores que hayan votado en contra del Plan de Reestructuración. Para ello, el Plan de Reestructuración debe haber sido aprobado por una mayoría simple de clases (siempre que alguna de las que vote a favor corresponda a créditos con privilegio especial) o, en su defecto, por al menos una clase que se encuentre “dentro del dinero”, es decir, que pueda presumirse que habría recibido algún pago tras una valoración de la deudora como empresa en funcionamiento.

- Importante novedad de la reforma es la posibilidad de imponer el Plan de Reestructuración al deudor, a los socios o a ambos, siempre y cuando se obtengan las mayorías de voto favorable de los acreedores indicadas en los apartados anteriores y, además, la sociedad

se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente⁹.

- Asimismo se amplía la duración del periodo protector que concede la comunicación del inicio de negociaciones con los acreedores, ya que la reforma permite que se pueda solicitar una prórroga de tres meses adicionales a los tres inicialmente concedidos¹⁰. 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.
- De cara a facilitar el mantenimiento de la actividad y con ello las posibilidades de alcanzar un acuerdo, la reforma establece dos reglas de calado respecto de los contratos con obligaciones recíprocas:
 - Por un lado, reitera la regla consistente en que la comunicación del inicio de negociaciones no afectará

esos efectos. En ambos casos, 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 clase.

⁹ En ese sentido se incorpora también como novedad respecto al régimen actual el 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, pero 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 TRLC. 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 quien 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 acordado.

¹⁰ La prórroga deberá solicitarse antes de que venzan los tres primeros meses y deberá ser solicitada o aprobada por el 50% del pasivo que pueda resultar afectado por el posible Plan de Reestructuración. En todo caso, la reforma se otorga a los acreedores la facultad de levantar los efectos de la prórroga, siempre y cuando lo soliciten el 40% del pasivo afectado. Se permite además 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.

a la vigencia de dichos contratos, teniéndose por no puestas las cláusulas que establezcan lo contrario¹¹.

- Por otro, se introduce la posibilidad de que el Plan de Reestructuración resuelva esos contratos¹² cuando esa resolución sea en interés de la reestructuración, siempre que la sociedad deudora haya solicitado previamente a la otra parte la modificación de los términos contractuales o la propia resolución. La parte contractual afectada podrá impugnar tanto la propia resolución del contrato, alegando que no es necesaria para el buen fin de la reestructuración, como la indemnización prevista por dicha resolución anticipada. Y el crédito indemnizatorio derivado de la resolución podrá quedar afectado por el propio Plan de Reestructuración.
- Con el mismo objetivo de mantenimiento de la actividad, la reforma fomenta la protección de las financiaciones interinas y nuevas, es decir, las concedidas durante el periodo de negociación del Plan de Reestructuración o las previstas en el Plan y que sean necesarias para su cumplimiento. Además de protegerlas ante acciones rescisorias en un concurso

posterior, la financiación interina y la nueva podrán obtener igualmente una preferencia en el cobro si se cumplen determinadas condiciones¹³, incluso en el caso de que se hayan concedido por personas especialmente relacionadas con el deudor.

- De cara a facilitar la capitalización de créditos la reforma prevé que, en caso de conversión de créditos en acciones o participaciones de la sociedad deudora, se entenderá que los créditos son íntegramente líquidos, vencidos y exigibles, quedando asimismo excluido el derecho de preferencia de los socios en la suscripción de las nuevas acciones o participaciones, en particular en las operaciones acordeón.
- Del mismo modo, si como consecuencia de la capitalización de créditos se produce un cambio en el control de la sociedad deudora, se prevé que no se apliquen las cláusulas contractuales de cambio de control que la deudora hubiera podido pactar en contratos que se reputen necesarios para la continuidad de la actividad empresarial.
- En cuanto a las ejecuciones que puedan afectar al patrimonio del deudor y poner en jaque la aprobación del Plan de

¹¹ Además, la reforma prevé que la resolución anticipada de tales contratos por incumplimientos previos de la deudora se mantendrá igualmente en suspenso, siempre que se trate de contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial.

¹² Se contempla la posibilidad de suspender o extinguir los contratos suscritos con consejeros ejecutivos o personal de alta dirección de la sociedad deudora cuando ello resulte necesario para el buen fin de la reestructuración. La indemnización resultante podrá ser moderada por el Juez competente para la homologación, dejando en su caso sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato.

¹³ Tanto la financiación interina, como la nueva, no serán rescindibles si el Plan de Reestructuración afecta a, al menos, un 51% del pasivo total (más del 60% en caso de haberse otorgado por personas especialmente relacionadas). Asimismo, si se cumplen dichos porcentajes, el 50% de la financiación proporcionada al deudor será crédito contra la masa y el resto será calificado como crédito con privilegio general.

Reestructuración, la reforma también contempla la posibilidad de extender la prohibición de iniciar ejecuciones o la suspensión de las iniciadas que motiva la comunicación del inicio de negociaciones con los acreedores a los bienes y derechos que no sean necesarios para la continuidad de la actividad, así como a las garantías prestadas por empresas del mismo grupo que el deudor (algo que no estaba previsto en la normativa hasta ahora vigente), siempre que dichas ejecuciones pusiesen en peligro las negociaciones y/o la viabilidad del deudor y del garante.

- Por último, en línea con el objetivo de propiciar la adopción de Planes de Reestructuración que eviten la declaración de concurso, la reforma introduce dos novedades importantes:
 - Mientras estén en vigor los efectos de la comunicación del inicio de negociaciones con los acreedores, quedará en suspenso el deber legal de acordar la disolución por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, 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 cuando concurre además causa legal de disolución.

- Y, por otro lado, en un hecho sin precedentes en el derecho concursal español, permite que los acreedores que representen más del 50% del pasivo que vaya a verse afectado por el Plan de Reestructuración soliciten al Juez la suspensión de la solicitud de concurso presentada por el deudor.

La reforma también contempla una serie de medidas que pretenden evitar el uso abusivo de las herramientas anteriores:

- La reforma establece que se requerirá la homologación del Plan de Reestructuración – y por tanto un control judicial del Plan– cuando se pretenda extender sus efectos a acreedores, a clases enteras 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 dicho Plan– frente a las acciones rescisorias¹⁴ que se pudieran interponer en un concurso posterior.
- Novedad destacable es que se incluye un trámite incidental previo de pre-aprobación por el Juez homologante de la configuración de las clases que se haya realizado a requerimiento del deudor o de acreedores que representen más del 50% del pasivo que vaya a quedar afectado.

¹⁴ 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 del 60% del pasivo total.

- 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 societaria¹⁵.
- Con la finalidad de limitar el arrastre inter clase al que pudieran verse sometidos los acreedores titulares de derechos de garantía real, la reforma les permite instar la realización de los bienes o derechos gravados en el plazo de un mes desde que se haya dictado el Auto de homologación, siempre que hayan votado en contra del Plan de Reestructuración y pertenezcan a una clase en la que el voto favorable hubiera sido inferior al voto disidente.
- Por último, en cuanto al régimen de impugnación de la homologación judicial, cabe destacar los siguientes aspectos:
 - Por un lado, se establece la posibilidad de formular oposición antes de que se dicte el Auto de homologación, no siendo la sentencia que se dicte susceptible de recurso alguno. Como alternativa, la reforma permite la impugnación del Auto de homologación una vez éste se haya

dictado, pero su resolución ya no correrá a cargo del juez homologante, sino de la Audiencia Provincial¹⁶. Ambas vías son excluyentes, con lo que si se opta por la primera, ya no se podrá acceder a la segunda.

- Las causas y la legitimación para la impugnación dependerán de si el Plan ha sido aprobado o no por todas las clases de créditos, siendo inferiores en número las causas de oposición o impugnación de los planes aprobados por todas las clases. En cuanto a las causas de oposición o impugnación conviene destacar que:
 1. Se prevé como causa de impugnación de cualquier Plan de Reestructuración (esté o no aprobado por todas las clases) la regla del mejor interés de los acreedores¹⁷, que permite impugnar a los disidentes que hubieran percibido más en una hipotética liquidación concursal situada dos años después de la formalización del Plan.
 2. Por lo que se refiere a la oposición o impugnación de los Planes no aprobados por todas las clases, destacan las

¹⁵ También será obligatorio su nombramiento 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.

¹⁶ La reforma también permite impugnar la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que se haya acordado en el Auto de homologación.

¹⁷ En el caso de la causa de impugnación relativa a que los acreedores sufran una reducción del valor de sus créditos manifiestamente superior a la que resultaría necesaria para garantizar la viabilidad de la empresa deudora, en la versión finalmente aprobada se ha mantenido la mención a 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 éste padece.

causas que tratan de procurar la existencia de equidad en la solución que promueve el Plan de Reestructuración; así, será impugnabile el Plan que no respete el trato equivalente entre clases del mismo rango, la prohibición de conceder a una o varias clases importe o derechos superiores al valor de sus créditos y la prohibición de conceder a una clase de rango inferior, o a los socios, cualquier importe o derecho cuando la clase superior a la que pertenece el impugnante no ha percibido el total de sus créditos (regla de “prioridad absoluta”). Esta última regla se puede excepcionar si la viabilidad de la empresa lo exige y el perjuicio de los créditos afectados no es injustificado.

- La estimación de la impugnación producirá la ineficacia del Plan de Reestructuración únicamente cuando la causa de impugnación sea la insuficiencia de las mayorías o la defectuosa formación de las clases de créditos. En otro caso, la estimación de la impugnación implicará que los efectos del Plan de Reestructuración no se extenderán al impugnante; si no fuera posible revertir los efectos, tendrá derecho a indemnización de daños y perjuicios a cargo de la sociedad deudora.

3. Conclusión

Nos encontramos, en definitiva, ante novedades cuantiosas y de profundo calado de las herramientas preconcursales.

Como hemos visto, 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.

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 o la capacidad de operar sobre las relaciones contractuales también como contenido posible del Plan. Sí habría sido deseable, si lo que se persigue es atajar las situaciones de insolvencia en un momento temprano sin tener que acudir a un procedimiento concursal, un paso más decidido para un mayor grado de sometimiento a los Planes de Reestructuración de los créditos de derecho público, siendo este uno de los aspectos más polémicos y criticados de la reforma.

En todo caso, la apuesta preconcursal es positiva y creemos que 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 todo caso, a partir de ahora será necesario hacer un seguimiento estrecho del desarrollo práctico de la norma aprobada a fin de verificar si, finalmente, permite alcanzar los objetivos planteados.

