

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.