

## Artículos

# APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN PRECONCURSAL DE LA RECIENTE REFORMA CONCURSAL

Carlos de Cárdenas Smith

*Abogado del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)*

### **Aproximación al régimen preconcursal de la reciente reforma concursal**

*El Parlamento ha aprobado la ley de reforma de la Ley Concursal que transpone la Directiva de Reestructuraciones e Insolvencias en España. La reforma es de calado e incluye profundas modificaciones al régimen preconcursal, novedades en materia de convenio, liquidación y calificación, un régimen especial para microempresas y un remozado régimen de exoneración del pasivo insatisfecho.*

#### **PALABRAS CLAVE:**

PRECONCURSO, DIRECTIVA DE REESTRUCTURACIONES, APERTURA DE NEGOCIACIONES, PLANES DE REESTRUCTURACIÓN, ARRASTRE.

### **Overview of the pre-insolvency regime in the recent spanish insolvency law reform**

*The Spanish Parliament has passed a bill reforming the Insolvency Law and transposing the Restructuring Directive in Spain. The reform is extensive and includes important changes to the pre-insolvency framework, new measures on voluntary composition agreements and liquidation, a special framework for microenterprises and updated provisions on the discharge of debt.*

#### **KEYWORDS:**

PRE-INSOLVENCY, RESTRUCTURING DIRECTIVE, OPENING NEGOTIATIONS, RESTRUCTURING PLANS, CRAM-DOWN.

**FECHA DE RECEPCIÓN: 9-9-2022**

**FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-9-2022**

Cárdenas Smith, Carlos de (2022). Aproximación al régimen preconcursal de la reciente reforma concursal. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 29-45 (ISSN: 1578-956X).

El 6 de septiembre de 2022 se ha publicado en el *BOE* la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (la “Directiva de Reestructuraciones”). La mayor parte de la Ley 16/2022 (“Ley 16/2022”) entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *BOE*.

La Ley 16/2022 es amplia, ambiciosa y realiza la enésima reforma de calado de la Ley Concursal (“LC”). Incluye novedades en materia de convenio, liquidación y calificación, contiene un novedoso régimen especial para microempresas y un remozado régimen de exoneración del pasivo insatisfecho. Aquí solo pretendo hacer una primera aproximación, necesariamente parcial, del principal protagonista de la reforma, su Libro Segundo, que regula el llamado derecho preconcursal.

## 1. Justificación

---

El éxito de las operaciones de reestructuración de deuda al margen del concurso tiene su razón de ser en la evidencia empírica de que el concurso no es la mejor manera de salvar las empresas en crisis. Con la aplicación de ciertas medidas de reestructuración (financieras, pero muchas veces también operativas) se pretende evitar la destrucción de la parte del tejido empresarial que está enfermo pero es sanable. Para que ello sea así, la gestión de la empresa enferma durante su cura no puede hacerse en el juzgado porque los tiempos que se manejan y las habilidades de los jueces no casan, ni pueden casar, con los tiempos del mercado y las habilidades de los gestores de empresa. En definitiva, el concurso rara vez permite una reestructuración de la deuda; más bien aboca a la mayoría de las empresas a la liquidación, con la consecuente destrucción de valor. En los últimos años, el enfoque del derecho concursal —en España y en la mayoría de los países avanzados— ha pasado de ser liquidativo (en interés exclusivo de los acreedores) a ser conservativo de la empresa (que vela también por los intereses de otros *stakeholders*). Adicionalmente, numerosos estudios han demostrado que el grado de recuperación de los créditos para los acreedores conservando la empresa es superior que liquidándola.

Es por ello que han cobrado gran relevancia las llamadas instituciones preconcursales. Entre ellas destaca la comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores, que es una de las herramientas de la que disponen las partes para reestructurar deuda fuera del concurso (*out-of-court*). El objetivo de la comunicación, también denominada vulgarmente “precurso” (pese a no ser la única institución preconcursal), es facilitar las negociaciones para alcanzar un acuerdo de reestructuración.

La comunicación de la apertura de las negociaciones es, por tanto, una institución *instrumental*: es una herramienta para facilitar la negociación de un acuerdo o plan de reestructuración. A ambos institutos (comunicación de apertura de las negociaciones y planes de reestructuración) dedicaré este artículo.

## 2. La comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores

---

### 2.1. Probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual

La LC establece que “en caso de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, el deudor, sea persona natural o jurídica, podrá comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra”.

En definitiva, la LC suministra tiempo a las partes y, como veremos, decreta la suspensión del derecho de ejecución de ciertos acreedores, entre otros efectos. Como reconoce la exposición de motivos de la Ley 16/2022, lo que se pretende es que actividades económicamente viables, pero con dificultades financieras, puedan reestructurar su pasivo, garantizando a la vez los derechos de los acreedores y la continuidad de la empresa.

A diferencia del régimen hasta ahora vigente, que solo permitía realizar la comunicación al deudor que se encontraba en estado de insolvencia inminente o actual, la comunicación de la apertura de las negociaciones puede ahora realizarse desde que exista probabilidad de insolvencia, nuevo estado del deudor introducido por la Ley 16/2022 que se produce “cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años”.

Además, el legislador ha optado por delimitar qué se entiende por insolvencia inminente (hasta ahora ni nuestra jurisprudencia —donde ha imperado el casuismo— ni nuestra doctrina han fijado un plazo anterior a la insolvencia actual a partir del cual se podía afirmar con certeza que el deudor se encontraba en situación de insolvencia inminente) a aquel estado en el que se encuentra el deudor “que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”.

Por tanto, tras la reforma, la LC contempla tres estados del deudor que se ordenan secuencialmente: probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual.

Al permitir anticipar la solicitud de precurso a la existencia de la mera probabilidad de insolvencia, se cumple con el objetivo de la Directiva de Reestructuraciones, que no es otro que el de permitir que el deudor pueda acogerse a esta institución con suficiente antelación para así disponer del tiempo necesario para negociar un acuerdo de reestructuración que evite su insolvencia. Dicho lo anterior, tengo dudas de que vaya a ser frecuente acogerse en la práctica a este instituto desde que exista mera probabilidad de insolvencia: ni los acreedores estarán normalmente en disposición de negociar con tanta antelación ni el deudor dispuesto a gastar la única “bala” de la que dispone si no hay razones muy poderosas para ello.

## 2.2. Negociaciones con los acreedores

El antiguo art. 5 bis LC exigía al deudor haber iniciado las negociaciones para poder realizar la comunicación. El actual art. 585 LC precisa que no es necesario que las negociaciones se hayan iniciado. En efecto, el deudor deberá *"comunicar al juzgado [...] la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato"*. Está ahora, por tanto, totalmente en manos del deudor iniciar o no este proceso.

## 2.3. Contenido de la solicitud y control judicial

Lamentablemente, la nueva redacción del art. 586 LC rompe con el sencillo modelo previo y ahora exige que la comunicación venga acompañada de un amplio listado de documentación e información. Solo cabe esperar, por el bien de este instituto, que en la práctica la intervención judicial sea la mínima imprescindible, que el juez se limite a examinar su competencia y los aspectos formales de la solicitud. Ese es el espíritu del régimen preconcursal, que nace y se caracteriza precisamente por sustraer (o limitar al máximo) el control judicial *ex ante* de ciertas actuaciones y acuerdos que afectan a los derechos de los acreedores. Véase en este sentido el apartado I de la propia exposición de motivos de la Ley 16/2022, que define los instrumentos preconcursales de la siguiente manera: *"son instrumentos ágiles y con una participación reducida de la administración judicial, dirigidos a la consecución de acuerdos entre empresas viables y sus acreedores, preferentemente en un estadio temprano de dificultades financieras"*. Y en términos similares se expresa el considerando 29 de la Directiva. En definitiva, el dilema entre seguridad y celeridad se resuelve a favor de la celeridad, si bien como es natural existe la posibilidad de hacer un control *ex post*, pues al fin y al cabo se afectan los derechos de los acreedores.

## 2.4. Duración

El precurso debe otorgar tiempo suficiente a las partes para negociar un acuerdo de reestructuración. El art. 600 LC establece que hasta que transcurran *tres meses* a contar desde la fecha de presentación de la comunicación, los acreedores no podrán iniciar ejecuciones sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. A su vez, el art. 607 permite una *única prórroga* de, como máximo, otros tres meses de este plazo si el deudor o los acreedores que representen más del 50 % del pasivo que, en el momento de la solicitud de la prórroga, pueda resultar afectado por el plan de reestructuración (deducido el importe de los créditos que, en caso de concurso, tendrían la consideración de subordinados) lo solicitan al juez. Está por tanto en manos de los acreedores conceder o no la prórroga.

## 2.5. Efectos de la comunicación

Aquí se concentran las principales novedades de la reforma que dotan a este instituto de verdadera eficacia. Los efectos pueden resumirse como sigue:

- i. El deudor no resultará desahogado (*debtor in possession*). La administración del deudor no será ni sustituida ni sometida a intervención. Ni la comunicación ni, en su caso, el nombramiento judicial de un experto en la reestructuración tendrán efecto alguno sobre

las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integren su patrimonio. De nuevo, intervención judicial mínima.

- ii. La *comunicación no producirá por sí sola el vencimiento anticipado de los créditos aplazados* (anticipando los efectos del art. 156 LC aplicable en caso de concurso), pero no impedirá que el acreedor que disponga de garantía personal o real de un tercero pueda hacerla efectiva si el crédito garantizado hubiera vencido. De hacerse efectivo tal crédito por el tercero garante del deudor, debe entenderse que aquel no podrá ejercitar la acción de regreso o subrogación contra éste durante el periodo de la suspensión. Como excepción, la comunicación suspenderá la ejecución de las garantías personales y reales prestadas por cualquier otra sociedad del grupo no incluida en la comunicación cuando así lo haya solicitado la sociedad deudora acreditando que la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia del garante y de la propia deudora. Se quiere evitar, en definitiva, que las garantías cruzadas, arrastren a todo el grupo a la insolvencia.
- iii. Se tendrán por no puestas las cláusulas contractuales que prevean la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por el mero motivo de iniciar medidas de reestructuración preventiva. Esta previsión legal no afecta a la facultad de suspender, modificar, resolver o terminar anticipadamente contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por otras causas (art. 598.1 LC) ni a la facultad de vencer anticipadamente, resolver o terminar acuerdos de compensación contractual sujetos al Real Decreto-ley 5/2005 (art. 599 LC).
- iv. *Las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, no podrán comenzarse y las existentes deberán suspenderse* durante tres meses a contar desde la fecha de presentación de la comunicación (*stay*). Esta paralización o suspensión afectará a cualesquiera bienes o derechos *necesarios* para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, si bien a solicitud del deudor, y siempre que el juez lo estime necesario para asegurar el buen fin de las negociaciones, será posible extender tanto la prohibición de iniciación como la suspensión de ejecuciones sobre bienes o derechos que no tengan la consideración de necesarios. Ni la prohibición del inicio de ejecuciones ni la suspensión de las ya iniciadas afectarán a aquellos créditos que no puedan quedar afectados por un plan de reestructuración (en concreto, los titulares de créditos de derecho público podrán iniciar ejecuciones y, si lo hubieran hecho ya al tiempo de la comunicación, podrán continuarlas).
- v. La obligación de solicitar concurso voluntario se suspende —y las solicitudes de concurso necesario se interrumpen— mientras dure la suspensión. Con la amenaza del concurso culpable, es evidente que el precurso no tendría utilidad alguna.
- vi. *Se suspende la causa de disolución por pérdidas*. Mientras estén en vigor los efectos de la comunicación, quedará en suspenso el deber acordar la disolución por existir pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, es decir, el supuesto de disolución legal obligatoria por pérdidas. Esta medida de coordinación con el derecho de sociedades es bienvenida, pues no es inusual que coincidan en el tiempo situaciones de insolvencia (iliquidez) y desequilibrio patrimonial y de nada vale poner remedio a unas y no resolver otras.

## 3. Los planes de reestructuración

---

El régimen en materia de homologación surgido de la Ley 16/2022 es de nueva planta y sigue, como no podía ser de otra forma, los dictados de la Directiva de Reestructuraciones. Ahora, en lugar de “acuerdos de refinanciación”, existen “planes de reestructuración” que tienen un objeto y unos efectos potencialmente mucho más amplios. Los planes pueden incluso imponerse al deudor, ya que no siempre necesitan su consentimiento; por eso, como recuerda la exposición de motivos, no se denominan “acuerdos” de reestructuración, sino “planes” de reestructuración. A continuación se examinan sus características más sobresalientes.

### 3.1. Presupuesto objetivo

La homologación de un plan procederá cuando el deudor se encuentre en estado de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual (en este último caso siempre que no haya sido admitida a trámite una solicitud de concurso necesario).

### 3.2. Concepto y alcance de los planes de reestructuración

Se considerarán planes de reestructuración aquellos que tengan por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos. Nótese que podrá transmitirse la totalidad de una empresa a través de un plan de reestructuración. En tal caso con el precio de la transmisión se paga a los acreedores. Esta forma de transmisión de empresa tiene varias ventajas frente a la venta de la empresa en un concurso (*pre-pack*), como permitir la exclusividad al comprador, no excluir la participación de personas especialmente relacionadas con el deudor en el proceso, evitar el concurso y su correspondiente calificación pero, al mismo tiempo, gozar de la protección que otorga la homologación judicial.

Se someterán a la LC (i) los planes de reestructuración que prevean una extensión de sus efectos frente a acreedores o clases de acreedores titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan; (ii) los planes que prevean una extensión de efectos frente a los socios de la persona jurídica cuando no hayan aprobado el plan; y (iii), con independencia de que se prevea o no una extensión de los efectos del plan, los planes cuando se pretenda proteger la financiación interina y la nueva financiación que prevea el plan (y los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de este) frente al régimen general de las acciones rescisorias, y reconocer a esa financiación las preferencias de cobro previstas en la LC.

### 3.3. Créditos afectados por el plan

En cuanto a los créditos que pueden resultar afectados por un plan, existen importantes novedades. Por una parte, ya no solo se aprobarán y podrán resultar afectados los acreedores financieros. Si así lo desean las partes, podrán formar parte del “perímetro” del plan cualesquiera acreedores (con algunas excepciones), incluidos los comerciales.

Según establece el art. 616 LC, se considerarán "*créditos afectados*" cualesquiera créditos que, de acuerdo con el plan de reestructuración, sufran cambios en sus condiciones, incluyendo la modificación de la fecha de vencimiento, la modificación del principal o los intereses; la conversión en crédito participativo o subordinado, acciones o cualquier otro instrumento con un rango o condiciones diferentes; la modificación o cancelación de sus garantías, personales o reales; o incluso el cambio de deudor o de ley aplicable al crédito.

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

- i. Los *créditos públicos* pueden verse afectados siempre que (i) el deudor acredite, tanto en el momento de presentar la comunicación de apertura de negociaciones como en el momento de solicitud de homologación judicial del plan, estar al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social; y (ii) que los créditos públicos tengan una antigüedad inferior a dos años a contar desde la solicitud (art. 616 LC). El art. 616 bis LC limita los efectos que pueden imponerse que, en la práctica, parecen limitados a un diferimiento que, a su vez, será muy limitado pues los créditos de derecho público deberán estar íntegramente satisfechos en los siguientes plazos: (i) en doce meses desde la homologación judicial del plan de reestructuración con carácter general o (ii) en seis meses desde la homologación judicial si el deudor y el acreedor público hubieran alcanzado un acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento previamente (art. 616 bis LC).
- ii. El plan de reestructuración tampoco puede afectar a los créditos por alimentos, a los créditos por responsabilidad extracontractual y a los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección.
- iii. Las *garantías financieras reguladas por el RDL 5/2005* no pueden verse afectadas ni es posible restringir la capacidad del acreedor para acelerar los créditos garantizados hasta el valor de la garantía.

### 3.4. Contenido y comunicación del plan

El plan debe tener un contenido mínimo que detalla el art. 633 LC. La propuesta del plan de reestructuración deberá ser comunicada a todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados, comunicación que deberá ser (i) individual, por vía postal o electrónica, o, si no fuera posible por desconocerse su identidad o dirección; (ii) mediante anuncio en la página web de la sociedad; o si no fuera posible por estos medios; (iii) mediante la publicación de un edicto en el Registro Público Concursal ("RPC"). Existen reglas especiales aplicables a créditos públicos y pactos de sindicación.

### 3.5. Principio general de vigencia de los contratos

La homologación de un plan, por sí sola, no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Se tendrán por no puestas las cláusulas contractuales que establezcan la facultad de la otra parte de suspender o de modificar las obligaciones o los efectos del

contrato, así como la facultad de resolución o la de extinción del contrato por el mero motivo de la presentación de la solicitud de homologación o su admisión a trámite, la homologación judicial del plan o cualquier otra circunstancia análoga. Los contratos necesarios para la continuidad de la actividad del deudor no podrán suspenderse, modificarse, resolverse o terminarse anticipadamente por el mero hecho de que el plan conlleve un cambio de control del deudor.

### 3.6. Clases

Los acreedores titulares de créditos afectados por el plan votarán agrupados por clases de créditos. La formación de clases debe atender a la existencia de un *interés común a los integrantes de cada clase determinado conforme a criterios objetivos*. Se considera que existe interés común entre los créditos de *igual rango determinado por el orden de pago en el concurso*. Pero, a su vez, los créditos de un mismo rango concursal podrán separarse en distintas clases cuando haya razones suficientes que lo justifiquen, como la naturaleza financiera o no financiera del crédito, el conflicto de intereses que puedan tener los acreedores que formen parte de distintas clases, o cómo los créditos vayan a quedar afectados por el plan. Si los acreedores son pequeñas y medianas empresas y el plan suponga para ellas un "sacrificio" (¿quiere decir quita?) superior al 50 % del importe de su crédito, deberán constituir una clase separada. La gestión de esta previsión cuando el deudor tiene miles de proveedores puede ser inmanejable.

En cualquier caso, los créditos con garantía real sobre bienes del deudor constituirán una clase única, salvo que la heterogeneidad de los bienes o derechos gravados justifique su separación en dos o más clases, y los créditos de derecho público constituirán una clase separada entre las clases de su mismo rango concursal.

Para dar seguridad jurídica a las partes, tanto el deudor como los acreedores que representen más del 50 % del pasivo que vaya a quedar afectado por el plan estarán legitimados para solicitar la *confirmación judicial de la correcta formación de las clases* con carácter previo a la solicitud de homologación del plan. De existir suficiente tiempo para ello, esta confirmación *ex ante* puede ser aconsejable dada la complejidad de la formación de clases y el potencial alcance de las impugnaciones de un plan si las clases que las partes deciden formar son incorrectas. Naturalmente, una vez que el tribunal confirme la formación de la clase, la formación de clases no podrá invocarse como motivo de impugnación a la homologación.

### 3.7. Aprobación del plan. Mayorías aplicables

El plan de reestructuración se considerará aprobado por una clase de créditos afectados si hubiera votado a favor *más de los dos tercios* del importe del pasivo correspondiente a esa clase. En el caso de que la clase estuviera formada por créditos con garantía real, se requiere que voten a favor *tres cuartos* del importe correspondiente a esta clase. Existen reglas especiales aplicables a los pactos de sindicación.

### 3.8. El arrastre: arrastre horizontal y arrastre vertical

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

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

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

### 3.9. El plan también será vinculante para los socios

Si el deudor es una sociedad mercantil y el plan contiene medidas que requieren el acuerdo de la junta de socios (p. ej., reducir el capital a cero para compensar pérdidas y aumentarlo simultáneamente para realizar una compensación de créditos, modificaciones estructurales), el plan se podrá homologar aunque no haya sido aprobado por los socios si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente (pero no en probabilidad de insolvencia). La Ley 16/2022 aclara que se aplicará la normativa mercantil, pero contiene ciertas reglas especiales destinadas a facilitar la adopción de los acuerdos. En caso de que el plan prevea una modificación estructural, los acreedores afectados no tendrán derecho de oposición. Cuando se solicite la homologación de un plan y siempre que el deudor se encuentre en estado de insolvencia actual o inminente, los socios no tendrán derecho de preferencia en la suscripción de las nuevas acciones o participaciones.

Para asegurar la efectividad del sistema, la Ley 16/2022 establece que cuando el plan contuviera medidas que requirieran acuerdo de junta de socios y esta no las hubiera acordado, los administradores de la sociedad y, si no lo hicieren, quien designe el juez a propuesta de cualquier

acreedor legitimado, tendrán las facultades precisas para llevar a cabo los actos necesarios para su ejecución, así como para las modificaciones estatutarias que sean precisas. En estos casos, el auto de homologación será título suficiente para la inscripción en el Registro mercantil de las modificaciones estatutarias contenidas en el plan.

### **3.10. Modificación y resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en interés de la reestructuración**

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

### **3.11. Procedimiento de homologación**

El procedimiento de homologación puede resumirse como sigue:

- i. *Competencia.* Corresponderá al juez de lo mercantil que fuera competente para la declaración del concurso.
- ii. *Planes conjuntos.* En caso de que existan deudores que hubieran efectuado una comunicación conjunta, será posible solicitar, bien la homologación individual o conjunta (en cuyo caso deberán cumplirse los requisitos para la homologación en relación con cada uno de los deudores), bien la homologación de un plan conjunto de reestructuración.
- iii. *Solicitud de homologación.* Podrá ser formulada por el deudor o por cualquier acreedor que haya suscrito el plan de reestructuración.
- iv. *Admisión a trámite.* Si el acuerdo reúne los requisitos legalmente exigidos, el juez dictará providencia admitiéndola a trámite, y en esa misma providencia decretará que la paralización de las ejecuciones singulares continúe hasta que acuerde o deniegue la homologación solicitada.
- v. *Publicación de la providencia.* El letrado de la Administración de Justicia ordenará la publicación de la providencia en el RPC por medio de un edicto.
- vi. *Auto.* Salvo que de la documentación presentada se deduzca manifiestamente que no se cumplen los requisitos exigidos, dentro de los quince días siguientes a la publicación de la providencia de admisión a trámite de la solicitud en el RPC, el juez, mediante auto, homologará el plan que reúna los requisitos legalmente establecidos. En el auto de homologación, (i) el juez determinará el alzamiento de la suspensión de los procedimientos de ejecución de créditos no afectados por el plan, así como el sobreseimiento de los restantes

procedimientos de ejecución; y (ii) si el propio plan de reestructuración conllevase alguna operación societaria, el control de legalidad lo realizará el juez y dejará constancia de ello en el auto.

- vii. *Publicidad.* El auto de homologación del plan se publicará de inmediato en el RPC.
- viii. *Eficacia.* Una vez homologado, el plan producirá sus efectos de inmediato y tendrá fuerza ejecutiva, extendiéndose inmediatamente a todos los créditos afectados, al propio deudor y, si fuera sociedad, a sus socios, aunque el auto no sea firme.

### 3.12. Titulares de derechos de garantía real

El art. 651 LC contiene una regla especial que da una salida a los acreedores con garantía real en un supuesto muy concreto, aquel en el que sufren un *cram-up*, es decir, son arrastrados por otras clases en principio más junior. Establece que los acreedores titulares de derechos de garantía real que hayan votado en contra del plan y pertenezcan a una clase en la que el *voto favorable hubiera sido inferior al voto disidente* (obsérvese que no contempla el supuesto en el que el voto favorable hubiese sido superior al disidente pero inferior a los 3/4 requeridos para aprobar en una clase con garantía real el plan) tendrán derecho a instar la realización de los bienes o derechos gravados en el plazo de un mes a contar desde la publicación del auto de homologación en el RPC.

El plan podrá prever la sustitución de este derecho por la opción de cobrar en efectivo, en un plazo no superior a 120 días, la parte del crédito cubierta por el “valor de la garantía” determinado conforme a lo establecido en la LC (simplificando, el 90% del valor razonable menos el importe de los créditos legalmente preferentes). En caso de falta de pago del crédito, el acreedor tendrá derecho a la ejecución de la garantía.

Si la cantidad obtenida en la realización de los bienes o derechos gravados fuese menor que la deuda garantizada, pero *mayor* que el valor de la garantía recogido en el plan, el ejecutante hará suya toda la cantidad resultante de la ejecución. La diferencia entre esa cantidad y el valor de la garantía se deducirá de lo que, en su caso, hubiese recibido o deba recibir conforme al plan de reestructuración por la parte del crédito no garantizada. Si la cantidad obtenida fuese *inferior* al valor de la garantía, el acreedor hará suya toda la cantidad resultante de la ejecución, y la parte remanente quedará insatisfecha.

### 3.13. Garantías de terceros

Los acreedores afectados que no hubieran votado a favor del plan mantendrán sus derechos frente a terceros que hayan constituido garantía personal o real para la satisfacción de su crédito. Respecto de los acreedores que hayan votado a favor del plan, el mantenimiento de sus derechos frente a los terceros obligados dependerá de lo que hubiesen acordado en la respectiva relación jurídica y, en su defecto, de las normas aplicables a esta. Como excepción, los efectos del plan de una sociedad de un grupo se pueden extender también, en las condiciones previstas en este, a las garantías personales o reales prestadas por cualquier otra sociedad del mismo grupo no sometida al plan, cuando la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia de la garante y de la propia deudora.

### 3.14. Créditos con aval del ICO

La disposición adicional octava de la Ley 16/2022 se refiere a los avales otorgados por el Instituto de Crédito Oficial (ICO) para hacer frente a la crisis sanitaria del COVID-19 y de la guerra en Ucrania. Muchas compañías se han acogido a estos programas, gracias a los cuales han obtenido financiación bancaria que estaba precisamente avalada por el ICO en su mayor parte.

Dependiendo de si el aval ha sido ejecutado o no por el prestamista, los derechos del Estado español derivados de un préstamo con aval ICO serán reales o contingentes, pero en todo caso se podrán encuadrar entre los créditos financieros que pueden verse afectados por un plan de reestructuración. En caso de ejecución por parte de la entidad financiera prestamista, el Estado español se subrogará en los derechos de la misma frente al deudor pero el prestamista deberá seguir encargándose del proceso de recuperación del importe restante del préstamo.

La Ley Concursal establece en relación a los planes de reestructuración que pretendan afectar a créditos derivados de estos avales públicos lo siguiente:

- i. en ningún caso podrá imponerse ninguno de los siguientes cambios (siendo indiferente lo que voten las entidades financieras, por tanto): el cambio de la ley aplicable; el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago; la modificación o extinción de las garantías que tuvieren; o la conversión de los créditos en acciones o participaciones sociales, en créditos o préstamos participativos o en cualquier otro crédito de características o de rango distintos de aquellos que tuviere el crédito originario; y
- ii. para que las entidades financieras puedan votar favorablemente en nombre y por cuenta del Estado a los planes que concedan cualquier aplazamiento, fraccionamientos o quitas de las cantidades reclamadas o reconocidas, se deberá recabar la aprobación previa de la Agencia Tributaria. La no obtención de esta autorización puede derivar en la pérdida del aval o, si este ya ha sido ejecutado, en que los derechos del Estado español frente al deudor reestructurado no se consideren afectados por el plan.

Es previsible que estas limitaciones dificulten en muchas ocasiones la reestructuración de financiaciones garantizadas por el ICO, especialmente cuando las financiaciones avaladas representen una parte significativa del pasivo del deudor. En estos casos, salvo que la Agencia Tributaria adopte una postura flexible y actúe con rapidez para aprobar el plan de reestructuración, tendrán que o bien excluirse estos créditos del perímetro del plan de reestructuración (lo que supone convertirlas, de facto, en una clase superprivilegiada pues cobrarán sus créditos con aval ICO conforme a los vencimientos previstos inicialmente) o bien las entidades financieras tendrán que valorar la posibilidad de votar a favor del plan asumiendo la pérdida del aval ICO (lo cual puede tener sentido en aquellos casos en los que el pasivo de la entidad con aval del ICO sea una parte pequeña de su posición total). Una tercera posibilidad es que las entidades que gocen con aval del ICO se vean arrastradas si están en una clase en la que no tienen una minoría de bloqueo.

### 3.15. Impugnación de la homologación

El auto de homologación del plan podrá ser impugnado ante la Audiencia Provincial, a diferencia del régimen hasta ahora vigente, que contemplaba un recurso ante el mismo órgano que había dictado el auto. Se desarrollan los amplios motivos de impugnación hasta ahora vigentes, a saber, no haberse adoptado el acuerdo por las mayorías exigidas y el carácter desproporcionado del sacrificio exigido al acreedor impugnante, si bien varios no dejan de ser concreciones del segundo motivo.

A los efectos que ahora interesan, se puede impugnar un plan en tres situaciones distintas y por distintos motivos:

- A. *Impugnación del auto de homologación del plan aprobado por todas las clases de créditos.* Los titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan, cuando dicho plan haya sido aprobado por todas las clases podrán impugnar el auto por los siguientes motivos:
- i. que no se hayan cumplido los requisitos de comunicación, contenido y de forma legalmente previstos;
  - ii. que la formación de las clases de acreedores y la aprobación del plan no se hayan producido de conformidad con la LC;
  - iii. que el deudor no se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o actual;
  - iv. que el plan no ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo;
  - v. que sus créditos no hayan sido tratados de forma paritaria con otros créditos de su clase;
  - vi. que la reducción del valor de sus créditos sea manifiestamente mayor al que resulta necesario para garantizar la viabilidad de la empresa;
  - vii. que el plan no supere la “prueba del interés superior de los acreedores” (*best interest creditors’ test* en terminología de la Directiva de Reestructuraciones), conforme al cual no puede obligarse a un acreedor a aceptar un plan si en liquidación obtendría un resultado más favorable; y
  - viii. que el deudor haya incumplido la obligación de encontrarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.
- B. *Impugnación del auto de homologación del plan no aprobado por todas las clases de créditos.* El auto de homologación de un plan que no haya sido aprobado por todas las clases de créditos podrá ser impugnado por los motivos previstos anteriormente por los acree-

dores que no hayan votado a favor del plan, con independencia de que pertenezcan o no a una clase que haya aprobado dicho plan.

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

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

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

Nótese que la otra opción que permitía la Directiva de Reestructuraciones era acoger la *regla de la prioridad relativa*, conforme a la cual las clases de acreedores afectados con derecho a voto disidente deben recibir un trato al menos tan favorable como el de cualquier otra clase del mismo rango y *más favorable* que el de cualquier clase inferior. Pero, como decía, el legislador español ha optado por acoger la regla de la prioridad absoluta.

No obstante lo anterior, la Ley 16/2022 permite confirmar la homologación del plan aunque no se cumpla la condición (iv) (es decir, aunque no se cumpla la regla de la prioridad absoluta), *cuando sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente*. Con ello la LC, haciendo uso de una flexibilidad permitida por la Directiva de Reestructuraciones, permite derogar la regla de la prioridad absoluta. Anticipo que la aplicación práctica de esta excepción se convertirá en una de las cuestiones clave del nuevo régimen, pues lo habitual es “dejar algo en la mesa” para el *equity* con objeto de facilitar un acuerdo sobre el plan y su implementación en lugar de su imposición forzosa y el correspondiente riesgo de impugnación.

- C. *Impugnación del auto de homologación del plan no aprobado por los socios.* Finalmente, cuando los socios de la sociedad deudora no hayan aprobado el plan, podrán impugnar el auto por cualquiera de los siguientes motivos:
- i. el plan no cumple los requisitos de contenido y de forma exigidos;
  - ii. el plan no ha sido aprobado debidamente;
  - iii. el deudor no se encuentra en estado de insolvencia actual o inminente;
  - iv. el plan no ofrece una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo;
  - v. una clase de acreedores afectados va a recibir, como consecuencia del cumplimiento del plan, derechos, acciones o participaciones, con un valor superior al importe de sus créditos.

La sentencia que resuelva la impugnación deberá ser dictada dentro de los treinta días siguientes a aquel en que hubiera finalizado la tramitación del incidente. Los efectos de la sentencia que resuelva la impugnación se producirán, sin posibilidad de suspensión o aplazamiento, el día siguiente al de su publicación en el RPC. La sentencia que resuelva la impugnación no será susceptible de recurso alguno. La impugnación del auto de homologación del plan carecerá de efectos suspensivos.

La sentencia estimatoria de la impugnación declarará la no extensión de los efectos del plan únicamente frente a quien hubiera instado la impugnación, subsistiendo los efectos de la homologación frente a los demás acreedores y socios, salvo si la estimación de la impugnación se ha basado en la falta de concurrencia de las mayorías necesarias o en la formación defectuosa de las clases, en cuyo caso la sentencia declarará la ineficacia del plan.

Una novedad importante es que en la solicitud de homologación el solicitante podrá requerir que, con carácter previo a la homologación del plan, las partes afectadas puedan oponerse a esta. La oposición de las partes afectadas se tramitará por los cauces del incidente concursal con ciertas especialidades. La sentencia que resuelva sobre el incidente se dictará en un plazo de un mes y no será susceptible de recurso. Esto permite dotar al proceso posterior de certidumbre, pero no siempre será posible contar con tiempo para ello.

### **3.16. Prohibición temporal de nuevas solicitudes**

La homologación es una herramienta que afecta a los derechos de crédito de los acreedores y de la que no se puede hacer un uso indiscriminado. Por ello, en línea con el régimen anterior, pero aclarando el *dies a quo*, la Ley 16/2022 establece que una vez homologado un plan, no podrá solicitarse otra solicitud de homologación respecto del mismo deudor hasta que transcurra un año a contar desde la fecha de solicitud de la homologación del plan anterior.

### 3.17. Incumplimiento del plan de reestructuración

Una vez homologado, no se podrá pedir la resolución del plan por incumplimiento ni la desaparición de los efectos extintivos o novatorios de los créditos afectados (salvo los acreedores de derecho público) a no ser que el propio plan previese otra cosa (lo cual no será habitual).

## 4. Protección en caso de concurso

---

### 4.1. Modificaciones en el régimen general de las acciones rescisorias

El régimen de reintegración de la masa pasiva contenido en los arts. 226 y ss. LC se modifica por la Ley 16/2022. Lo que aquí interesa destacar es que el art. 226.2 LC crea una *regla especial* por virtud de la cual se declaran rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la comunicación de la existencia de negociaciones con los acreedores o la intención de iniciarlas (adelantando, por tanto, el *dies a quo* que conforme a la regla general del art. 226.1 LC sería la fecha de solicitud del concurso) para alcanzar un plan de reestructuración, así como los realizados desde esa fecha hasta la fecha de declaración de concurso, aunque no hubiese existido intención fraudulenta, si concurren dos condiciones: (i) que no se hubiera aprobado un plan de reestructuración o que, habiéndose aprobado, no se hubiera homologado por el juez; y (ii) que el concurso se declare en el año siguiente a la finalización de los efectos de la comunicación (o su prórroga). Con esta nueva disposición me pregunto si los acreedores se van a aventurar a financiar a deudores con dificultades sin asegurar la previa homologación del acuerdo, algo para lo que no siempre hay tiempo.

### 4.2. Protección de los planes de reestructuración, financiación interina y nueva financiación

Además, se crea un segundo juego de reglas especiales en el Libro Segundo (arts. 665 a 668 LC) aplicables específicamente a los planes de reestructuración. En caso de concurso posterior, *si los créditos afectados por un plan de reestructuración que hubiera sido homologado representan al menos el 51 % del pasivo total* (antes de la reforma era el “pasivo financiero”), no serán rescindibles, salvo prueba de que se realizaron en fraude de acreedores:

- A. 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, lo que incluye: (i) el pago de tasas y costes en relación con la negociación, la adopción o la confirmación de un plan de reestructuración; (ii) el pago de honorarios y costes de asesoramiento profesional en estrecha relación con la reestructuración; (iii) el pago de los salarios de los trabajadores por trabajos ya realizados; y (iv) cualquier otro pago y desembolso efectuados en el curso ordinario de la actividad empresarial o profesional del deudor.

- B. La financiación interina y la nueva financiación, incluida la concedida por personas especialmente relacionadas, si bien estas últimas solo gozarán de la protección si los créditos afectados, excluidos los créditos de que fueran titulares esas personas, representan más del 60 % del pasivo total de forma que si no concurriese esa mayoría, la financiación interina o la nueva financiación otorgada por personas especialmente relacionadas quedarán sometidas a las normas sobre acciones concursales de rescisión contenidas en los arts. 226 y ss. LC. Se entiende por *financiación interina* la concedida por quien no fuera acreedor o por acreedor preexistente si en el momento de la concesión fuera razonable y necesaria inmediatamente, bien para asegurar la continuidad total o parcial de la actividad del deudor durante las negociaciones con los acreedores hasta la homologación del plan, bien para preservar o mejorar el valor que tuvieran a la fecha de inicio de esas negociaciones el conjunto de la empresa o una o varias unidades productivas. Se entiende por *financiación nueva* la concedida por quien no fuera acreedor o por acreedor preexistente que, estando prevista en el plan, resulte necesaria para el cumplimiento de tal plan.
- C. Los actos, operaciones o negocios que sean razonables e inmediatamente necesarios para la ejecución del plan.
- D. En caso de concurso posterior, *si los créditos afectados por un plan de reestructuración anterior que hubiera sido homologado representasen una proporción inferior al 51 % del pasivo total*, la financiación interina, la nueva financiación y los actos, operaciones o negocios mencionados serán rescindibles conforme a lo establecido en la LC, pero sin que sean de aplicación las presunciones relativas de perjuicio para la masa activa (véanse los arts. 227 y 228 LC), sin perjuicio, naturalmente, de que sea aplicable lo dispuesto en el art. 226.2 LC antes descrito.

## 5. Conclusión

---

La reforma operada por la Ley 16/2022 introduce profundas modificaciones del régimen preconcursal español, tanto en lo relativo a la comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores como, especialmente, en lo relativo a los planes o acuerdos de reestructuración. Con ello no solo se transpone la Directiva de Reestructuraciones sino que se dota a los operadores (deudores y acreedores) de un completo juego de herramientas para reestructurar negocios económicamente viables pero sobreapalancados. El legislador ha sido ambicioso y se ha acogido en términos generales a las opciones de la Directiva de Reestructuraciones que brindaban más flexibilidad, siendo una excepción relevante de lo anterior el tratamiento del crédito público. También es desafortunada la falta de flexibilidad del tratamiento de las financiaciones con aval del ICO que a buen seguro dificultarán las refinanciaciones que están por llegar.