



Universidad de Valladolid

**TRABAJO FIN DE GRADO EN
DERECHO
“LA PRECONCURSALIDAD EN EL
DERECHO ESPAÑOL”**

**AUTORA: Ana María Matamala
Hernández**

TUTORA: Laura González Pachón

**Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y
de la Comunicación
Campus de Segovia
A 19 de julio de 2022**

RESUMEN

En este trabajo trataremos el largo proceso de regulaciones y de reformas que ha sufrido el Derecho Preconcurso, incluida su primera incorporación en una Ley, y el momento de su distinción como rama del Derecho en España. Fue tedioso y en ocasiones algo tardío, pero acabó produciéndose debido a que era lo requerido por la sociedad, sobre todo en el ámbito empresarial, y por la mayoría de los juristas para que una materia tan necesaria en la práctica tuviese un marco legal para su aplicación, teniendo en consideración las diferentes situaciones económicas y la aún presente situación del COVID-19.

Se estudiará, pues, cómo se puede utilizar el instrumento preconcursal por parte de la sociedad y qué conlleva su uso, así como sus razones, los acuerdos que le preceden y sus consecuencias.

PALABRAS CLAVES

Derecho Preconcurso, Preconcurso, Preconcurabilidad, acuerdos, plan, reestructuración, deudor, acreedores, Ley, reforma.

ABSTRACT

In this assignment we will deal with the long process of regulations and reforms that Pre-Bankruptcy Law has suffered, including its first inclusion in a Law, and the moment of its distinction as a branch of the Law in Spain. It was tedious and sometimes somewhat late, but intended up being produced because it was what was required by society, especially in the business field, and by many jurists so that a matter so necessary in practice had a legal framework for its application, considering consideration of the different economic situations and the still present situation of COVID-19.

It will be studied, therefore, how the Pre-bankruptcy on the part of society and what its use entails, as well as its reasons, the agreements that precede it and its consequences.

KEYWORDS

Pre-bankruptcy Law, Pre-bankruptcy, Pre-bankruptcy, agreements, plan, restructuring, debtor, creditors, Law, reform.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ¿QUÉ SE CONOCE POR PRECONCURSALIDAD?
 - 2.1. Comunicación de inicio de las negociaciones con los acreedores.
 - 2.1.1. *Efectos de la comunicación.*
3. ¿CUÁNDO SE EMPEZÓ A HABLAR DE PRECONCURSALIDAD EN LA LEY CONCURSAL?
 - 3.1. Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio.
 - 3.2. Reforma Ley Concursal 38/2011 de 10 de octubre.
 - 3.3. Ley Concursal 1/2020 de 5 de mayo.
 - 3.4. Reforma del TRLC, de 8 de julio de 2022.
4. ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN.
 - 4.1. Típicos.
 - 4.1.1. *Colectivos.*
 - 4.1.2. *Singulares.*
 - 4.1.3. *Homologados judicialmente.*
 - 4.2. Atípicos.
5. ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS
6. PLANES DE RESTRUCTURACIÓN.
 - 6.1. Presupuestos objetivos y subjetivos. El deudor.
 - 6.2. Régimen y homologación judicial.
 - 6.3. El experto encargado.
7. ¿CÓMO HA AFECTADO LA CRISIS DEL COVID-19 A LA PRECONCURSALIDAD?
8. CONCLUSIONES.
9. BIBLIOGRAFÍA.

ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial

Art.: Artículo

Arts.: Artículos

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CCom.: Código de Comercio

Ed.: Edición

LAJ: Letrado de la Administración de Justicia

LC: Ley Concursal

Núm.: Número

Pp.: Páginas

RDL: Real Decreto Legislativo

RPC: Registro Público Concursal

Ss.: y siguientes

TRLR: Texto Refundido de la Ley Concursal 1/2020, de 5 de mayo

UE: Unión Europea

Vid: Véase

1. INTRODUCCIÓN

En España regular acorde a la época, a la situación que vive la sociedad y a lo que necesitan los juristas nunca ha sido tarea fácil, y mucho menos hacerlo de manera ágil y precisa. Como más adelante comento, las sociedades son cambiantes, tanto como los seres humanos, ya que somos nosotros los que con el transcurso del tiempo y respecto lo vivido vamos formando esas sociedades, por ello considero primordial que el Derecho tenga afectación en el tiempo vigente, y que concretamente el Derecho Concursal y el Derecho Preconcursal puedan ser legislados de manera más ágil y concisa para las personas tratando que la sociedad que todos formamos sea superior, sea para todos y sea justa. En este trabajo, pues, trato sobre cómo y de qué manera se ha ido realizando todo este hecho jurídico en este país, y como el Derecho Preconcursal, prácticamente obligado por la situación económica, jurídica o social vivida, se ha ido regulando desde aquella primera vez que lo distinguimos como tal en un texto legal, cómo los instrumentos necesarios para realizarlo han sufrido modificaciones, e incluso han terminado por desaparecer.

Ese Derecho Preconcursal ha llegado a gozar de una anarquía en sus normas legales, aunque ya que hablamos de lo que es justo, también hay que reconocer que en el momento en el que esas normas se publicaron y entraron en vigor, auxiliaron para conseguir la continuación de la actividad empresarial y que aquellas personas físicas que necesitasen del precurso tuviesen una alternativa jurídica y probada de evitar un concurso de acreedores que no era, ni es en la actualidad, nada alentador. La mayoría de Leyes Concursales se han regulado por medio de un RDL, un instrumento usado por los Gobiernos de este país a lo largo de los años con una ingente habitualidad. Una de esas Leyes Concursales sería la que desde 2020 hasta este mismo año 2022 ha estado en vigor, el TRLC, y que fue reformada entrando en vigor el 8 julio, volviendo a modificar el Derecho Preconcursal que hasta entonces conocíamos.

Excesivas reformas, y solo cuatro Leyes Concursales desde el 2003 que se reguló la primera, las veremos todas y las desarrollaremos, así como trataremos la utilización del Derecho Preconcursal en la práctica y observaremos de qué forma ha afectado el COVID-19 a esta rama del Derecho.

2. ¿QUÉ SE CONOCE POR PRECONCURSALIDAD?

Como su nombre indica, en principio, podríamos decir que es una situación que ocurre con anterioridad a la concursabilidad, al Derecho Concursal, aunque ambas materias tienen sus similitudes y diferencias.

Se ha conseguido a lo largo de los años separar la preconcursabilidad de ese Derecho Concursal que en un momento la englobaba, y al volverse una materia completamente única y autónoma del mismo nos ha ayudado a darle un mayor sentido y a entenderla de una manera más adecuada; no solo a la ley, sino a la sociedad. Al igual que se extiende su uso, dándole ese protagonismo como una rama del Derecho propia.

Antes de su definición final debemos conocer brevemente qué es la insolvencia, ya que esta será un elemento importante en el precurso. La podemos definir, pues, como aquel estado patrimonial o aquella situación jurídica por la que el deudor persona física o jurídica no tiene los bienes suficientes para cumplir sus obligaciones con el acreedor y, por tanto, no poder hacer frente al pago de la deuda. Ocurre cuando el pasivo o lo que se conoce como la deuda, supera al activo. Esta insolvencia puede ser actual, que es aquella en la que el deudor ya en ese mismo momento no tiene la posibilidad de cumplir con sus obligaciones, o puede darse una insolvencia inminente, lo cual quiere decir que es conocido públicamente que el deudor no podrá ser capaz de cumplir sus obligaciones en un tiempo cercano, pero no en ese mismo momento¹. Con la nueva reforma que sufrirá la LC el 8 de julio de 2022, la cual detallaremos más adelante, se añade a estas dos situaciones de insolvencia como tal, la probabilidad de insolvencia, que la podríamos definir como aquella situación en la que el deudor no podrá hacer frente a las obligaciones que tengan como límite dos años; es previa a la insolvencia inminente y por supuesto a la insolvencia actual, en la que el deudor no puede ser objeto de concurso de acreedores, pero sí de precurso, de ese plan de reestructuración como se nos indica en la exposición de motivos de esta ley reformada.

Podemos, ahora sí, definir la preconcursabilidad como aquella vía que existe en una situación de insolvencia actual o inminente por una dificultad económica del deudor o deuda, o la novedosa probabilidad de insolvencia, ya que se pretende, pues, acudir a la preconcursabilidad para no tener que ir obligado al concurso y, por tanto, al Derecho Concursal²; donde ya nos

¹ *Vid.* BROSETA PONT, Manuel, and Fernando Martínez Sanz. Manual de Derecho Mercantil. Volumen II, contratos mercantiles, derecho de los títulos valores, derecho concursal. 27a ed. a cargo de Fernando Martínez Sanz. Madrid: Tecnos, 2020, pp. 547, 548, 564, 565 y 566.

² IVC (España). *Derecho preconcursal, qué es y qué implica* (en línea). < <https://www.ivc.es/post/derecho-preconcursal-qué-es-y-qué-implica> > (Última Consulta: 1 de septiembre de 2021)

situariamos en una posición en la que el deudor prácticamente no tendría margen de maniobra, en esa situación de insolvencia actual o inminente del deudor.

Esta funcionaría según el TRLC por medio de dos instituciones preconcursales: el acuerdo de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos. El primero de ellos lo enfocariamos en lo referido a esa refinanciación y a una reestructuración de empresas que son viables, mientras que en el segundo hablaríamos de una alternativa, en la que no tendría que intervenir un juez, al concurso de acreedores. Ambos los desarrollaremos en profundidad más adelante. Sin embargo, con la reforma de esta LC dos años más tarde, esta teoría ya no nos es suficiente porque ambos acuerdos desaparecen o mejor dicho se unen, y como detallaremos más adelante, para dar lugar a los planes de reestructuración, que quedarán como la única figura del Derecho Preconcursal. Brevemente, podríamos definirlos como aquellos acuerdos entre las partes (acreedor y deudor) para poder recuperar una empresa en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual y así poder conseguir más ágilmente su reestructuración para que pueda continuar con su actividad.

En el Derecho Preconcursal es primordial la comunicación de inicio de las negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo o plan de reestructuración.

2.1. Comunicación de inicio de las negociaciones con los acreedores.

Conociendo ya sobre la insolvencia, actual e inminente, y la probabilidad de insolvencia aspecto incluido con la reforma de la LC del 8 de julio de 2022, en principio acudiríamos al TRLC en su art. 5.1, para saber que cuando un deudor conoce que se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente, en los siguientes dos meses debería de solicitar al Juzgado la declaración de concurso. Este hecho era algo propio de Derecho Concursal, aunque nos sirve para ver que no se da la misma situación el Derecho preconcursal, ya que en esta materia no se le podrá exigir al deudor que, en ese estado de insolvencia actual o inminente ya comentado, siempre que no hubiese declaración en concurso, que se produzca la comunicación de inicio de negociaciones con sus acreedores para lograr ese plan de reestructuración, el nuevo instrumento preconcursal que sustituye a los acuerdos de refinanciación y al acuerdo extrajudicial de pagos. Con esta comunicación que se paralizan las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales sobre los bienes necesarios para que el deudor continúe con su actividad empresarial, de esa manera se conseguirá que esas negociaciones ocurran de manera más fácil y ágil; que la empresa se mantenga viable empresarialmente es prácticamente una obligación para que pueda darse la deseada

reestructuración empresarial que se pretende con estos planes de reestructuración³, y es de señalar que las ejecuciones singulares de los acreedores públicos son según la ley las únicas que no pueden suspenderse, a pesar de ser la regla general, sin poner en peligro con ello la reestructuración de las empresas. Esta comunicación se ha establecido en tres capítulos, en el Título II, del Libro Segundo, como bien se nos indica en la exposición de motivos de esta reforma de la LC.

El Capítulo I, sobre los aspectos procesales de la misma, siendo, como la ley indica, la iniciativa del deudor cuando exista una situación de insolvencia actual, inminente o la novedosa probabilidad de insolvencia con la introducción de medidas para evitar conductas abusivas y con la opción de presentar una comunicación conjunta de, por ejemplo, varias sociedades de una misma empresa. Al presentarse la comunicación, este asunto no se modifica con la nueva reforma, los efectos se producen ope legis, es decir, automáticamente, con un control único sobre el contenido que debe tener esa presentación de la comunicación y si el Juzgado ante el cual se presenta es competente.

El Capítulo II, regula los efectos de la comunicación, dividiéndose a su vez en siete secciones: 1ª Sección, sobre las facultades patrimoniales del deudor; 2ª Sección, sobre los créditos o las garantías personas o reales de terceros, manteniéndose el principio general del régimen; 3ª Sección, sobre contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento; 4ª Sección, sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales que tratan de los bienes que son necesarios para que el deudor continúe su actividad; 5ª Sección, sobre la opción de prórroga de estos efectos de comunicación por tres meses más; 6ª Sección, sobre la prohibición de las nuevas comunicaciones; y la definitiva 7ª Sección, sobre las solicitudes de concurso.

El Capítulo III, y último, nos referimos también a esos efectos de la comunicación, solo que en este caso serán sobre los deberes legales del deudor, como son el de solicitar el concurso y el de promover la disolución cuando ocurran una serie de pérdidas cualificadas. Puede darse el caso en el que la persona deudora solicite por sí misma el concurso, pero al existir posibilidad poder alcanzarse un plan de reestructuración se paralizase esa solicitud lo más pronto posible, para que así se pueda adoptar ese plan de reestructuración que ya se encontraba en negociaciones.

³ Proyecto de Ley, de reforma del TRLC, Derecho Concursal y Preconcursal. BOCG, 14 de enero de 2022. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-84-3.PDF

Antes he comentado que en situación de insolvencia actual, inminente o probable el deudor debería ser quien presentara ante el Juzgado la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores, y eso se mantiene con la nueva reforma de la LC en su art. 585, la cual dispone que nunca podrá existir en caso de insolvencia actual una declaración de concurso si se pretende alcanzar un plan de reestructuración. Solo el deudor podrá expresar que se está llevando cabo esta comunicación y presentarlo en el Juzgado competente, con toda la información requerida según el art. 586 de la ley, algunos aspectos más importantes del contenido de esa información serían: las razones que justifican esa comunicación, por qué es el Juzgado ante el que se presenta competente, las actividades empresariales que se realizan y el número de trabajadores que se encuentren en esa empresa, los bienes o derechos necesarios para que esa empresa desarrolle su actividad y si hay ejecuciones contra esos bienes o derechos en curso, los contratos que requiere la empresa para continuar su actividad y la solicitud del deudor para nombrar al experto encargado y la solicitud para el carácter reservado de la comunicación.

Se incluye como novedad la comunicación conjunta, que no existía antes de la reforma de la LC de este año 2022, se recoge en el art. 587, y se nos indica que son varias personas las que de forma conjunta deben presentar esa comunicación ante el Juzgado competente indicando entonces las relaciones que tienen entre ellas, los créditos, las garantías y las deudas.

Considero importante señalar brevemente, cuando estaban en vigor los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos, la diferencia que había entre ambos, ya que en el primero se tenía que poner en conocimiento al Juzgado competente para que este pueda conocer la apertura de estas negociaciones con los acreedores y así obtener ese acuerdo de refinanciación, mientras que en el segundo se había de notificar al Juzgado competente de la tramitación de la apertura de negociaciones con los acreedores para llegar a este acuerdo extrajudicial de pagos llevado a cabo de oficio por el registrador mercantil, o por el notario o Cámara de Comercio que hubieran denominado el mediador concursal tras la solicitud del deudor⁴.

El papel del LAJ era tan vital en los anteriores acuerdos como lo es ahora en el nuevo plan de reestructuración, con ambos acuerdos ya en desuso cuando sucede esa comunicación, el LAJ habrá de dictar decreto para mostrar no solo la existencia de la ya dicha comunicación, sino que también de esas ejecuciones que continúan sobre los bienes del deudor que son

⁴ *Vid.* BROSETA PONT, Manuel, and Fernando Martínez Sanz. Manual de Derecho Mercantil. Volumen II, contratos mercantiles, derecho de los títulos valores, derecho concursal. 27a ed. a cargo de Fernando Martínez Sanz. Madrid: Tecnos, 2020, pp. 706.

necesarios para su actividad. En ese entonces habrá opción de interponer recurso de revisión a este decreto, pero solo podrá hacerlo quien posea un poder legítimo para ello y únicamente se realizará sobre aquello que se considera necesario. En los planes de reestructuración, en cambio, el papel del LAJ está más concreto y definido en plazos ya que, como se nos indica en el art. 588, tras asegurarse legalmente que el Juzgado es competente y que no hay defectos formales en la comunicación presentada, en el plazo de dos días como máximo habrá efectuado la resolución de la comunicación por medio de decreto. En el caso de que el LAJ haya estimado que se dan defectos en la información presentada con la comunicación, tendrá el deudor dos días para subsanarlos; en el caso de subsanarse, el LAJ dictará resolución de la comunicación en el día en el que se hubiera presentado y en el caso de no subsanarse dictará resolución de la comunicación como no efectuada. Se podrá interponer recurso de apelación contra un auto que haya establecido la falta de competencia del Juzgado que ha determinado el LAJ, como se indica en el art. 589.

Esta resolución realizada por el LAJ tendrá que contener la identidad del deudor, la cantidad de importe para el plan de reestructuración, si se ha nombrado la figura del experto encargado, la fecha de la comunicación y de la resolución efectuada o no y la competencia del Juzgado; si han existido ejecuciones sobre los bienes o derechos necesarios y las garantías. En los planes de reestructuración también habrá opción de presentar recurso de revisión, pero solo podrán presentarlo los acreedores y por las razones establecidas en el art. 590. La resolución de la comunicación tiene un carácter reservado, el cual el deudor podrá solicitar su levantamiento, y se publicará en el RPC cuando el deudor no hubiese solicitado, ya no que desaparezca, sino que se mantuviese ese carácter reservado. Habrá opción a interponer declinatoria en el plazo de diez días desde su publicación en el RPC.

2.1.1. Efectos de la comunicación.

En el Capítulo II, del Libro Segundo, de la nueva LC ya reformada, en los arts. 594-610, se regulan estos efectos de la comunicación. Anteriormente hemos resumido sus siete secciones, ahora las desarrollaremos:

1ª Sección, sobre las facultades patrimoniales del deudor, que en precurso no pueden ni suspenderse ni modificarse, ni siquiera la existencia del experto encargado afectará al patrimonio del deudor.

2ª Sección, sobre los créditos o las garantías personas o reales de terceros, manteniéndose además el principio general del régimen por el cual, existiendo esa comunicación y tras haber vencido la obligación principal, se permite que el acreedor que disfrute de estas garantías pueda dirigirse contra el deudor para satisfacer el crédito que ha otorgado y cuyo dinero aun

no le han devuelto. Es esencial saber que la comunicación por sí misma nunca producirá el efecto de que venzan antes de tiempo los créditos a plazo, así como que aquellas cláusulas contractuales que incluyan modificaciones en los créditos referidas a sus condiciones que requieren serán ineficaces. La comunicación tampoco impedirá que el acreedor que goza de una garantía personal o real otorgada de un tercero pueda hacerla efectiva si el crédito garantizado ha vencido. Aunque el acreedor intervenga en las negociaciones los garantes no podrán hacer uso de la comunicación en perjuicio de este.

3ª Sección, sobre contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, se respetará el principio general de vigencia de los contratos, entendiendo como no puestas las cláusulas que prevean una pronta suspensión, modificación, resolución o terminación de estos por los motivos siguientes: que exista una presentación de la comunicación admitida a trámite o que exista una solicitud de suspensión de acciones y procedimientos ejecutivos. Si se diesen circunstancias distintas de las anteriores para tener la capacidad de suspender, modificar, resolver o terminar un contrato, la comunicación podrá impedir que se dé uso de esta; otro asunto sería si esos contratos permiten que prosigan las actividades necesarias, tanto profesionales como empresariales, para que el deudor continúe su actividad, esta capacidad no podrá usarse mientras todavía existan esos efectos de la comunicación sobre los procedimientos ejecutivos y las acciones, y la parte afectada tendrá opción de interponer recurso de revisión.

4ª Sección, sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales que tratan de los bienes que son necesarios para que el deudor continúe su actividad. Hasta que no transcurran tres meses desde que se presente la comunicación los acreedores tendrán prohibido llevar a cabo ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes o derechos necesarios del deudor para que pueda continuar con su actividad empresarial o profesional. De igual manera, es decir, por ese plazo de tres meses, el juez que conozca de la resolución de la comunicación, efectuada por el deudor, suspenderá todas las ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes o derechos necesarios que posee el deudor para que pueda continuar con su actividad empresarial o profesional. El juez competente podrá prohibir, a solicitud del deudor, todas aquellas ejecuciones judiciales o extrajudiciales o suspender las iniciadas sobre unos bienes o derechos del deudor diferentes a los anteriores, con el objetivo de asegurar que las negociaciones puedan concluir; el experto debería incluir un informe favorable para que esto pueda realizarse y el juez fallara en un auto, el cual si es favorable se publicara en el RPC. Los titulares de los derechos reales de garantía podrán iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales, teniendo en cuenta que la suspensión funciona de

igual manera a lo ya dicho en esta sección, dentro de ese plazo de tres meses. Transcurridos los tres meses, el juez tras estimar el recurso de revisión presentado contra el decreto del LAJ en el que da por efectuada la comunicación podría fallar que aquellos bienes o derechos del deudor no son necesarios para que pueda continuar con su actividad empresarial o profesional.

5ª Sección, sobre la opción de prórroga de estos efectos de comunicación por tres meses más. Mientras ocurre ese plazo de tres meses los acreedores o el deudor que representen más del 50% del pasivo, que podrá verse afectado por el plan de reestructuración durante esos tres meses más, podrán solicitar esa prórroga de tres meses más a los ya establecidos, por lo que cuando transcurran esos tres primeros meses, la prórroga si es concedida por el juez tendrá lugar y habrá seis meses en total; ello podrá darse si existe un informe favorable del experto, solo si este hubiese sido nombrado, en el caso contrario no será necesario. Los efectos de la comunicación continuaran hasta que el Juez haya tomado la decisión de si conceder o no la prórroga de tres meses, ya que tardará unos cinco días y puede darse el caso de haber transcurrido esos tres primeros meses entonces, a pesar de que la prórroga solo podrá solicitarse durante el transcurso de estos. La particularidad en el caso de que el deudor presente esa solicitud de prórroga será que deberá esta ir acompañada, no solo con el hipotético informe favorable del deudor, sino que también con la firma de aceptación o conformidad de los acreedores que representen ese 50% del pasivo. Cuando se produzca la resolución el LAJ deberá compartirla al RPC y al resto de autoridades judiciales y administrativas por medios electrónicos, y esto tiene que ocurrir porque así la suspensión de las ejecuciones se mantendrá en esa prórroga como bien marca la ley. Solo se podrá interponer recurso de reposición contra la resolución de prórroga concedida por el Juez. Por último, señalar que habrá un levantamiento de la prórroga si lo solicita el deudor o el experto, los acreedores que representen ya no un 50%, sino que solamente un 40% del pasivo en el mismo marco que se ha establecido para los tres primeros meses, o cualquier acreedor que crea que de esa manera podrán finalizarse las negociaciones. Ni los acreedores ni el experto encargado podrán solicitar prórrogas de los efectos de comunicación.

6ª Sección, sobre la prohibición de las nuevas comunicaciones en el plazo de un año desde que se presentó la primera por ese deudor.

7ª Sección, sobre las solicitudes de concurso que solo podrán ser admitidas a trámite transcurridos los tres meses desde la comunicación, incluyendo también el caso de que se diesen esos tres meses de prórroga que tendrían que transcurrir también, si se hubieran presentado con anterioridad a la comunicación sin haber sido admitidas a trámite serán una

de las tantas ejecuciones que quedarán en suspenso. En resumen, solo se podrá solicitar el concurso una vez terminados esos tres meses o, en su caso, esos seis meses sumando los tres meses más de prórroga en caso de que se haya concedido judicialmente.

3. ¿CUÁNDO SE EMPEZÓ A HABLAR DE PRECONCURSALIDAD EN LA LEY CONCURSAL?

La legislación concursal española actual sí aborda de manera clara y extensa de preconcursalidad, así como de sus dos institutos preconcursales cuyo estudio se tratará a lo largo de este trabajo: los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos; al menos era así hasta la reforma de la LC que ocurre en 2022, que nos lleva a la existencia de un único instituto preconcursal: los planes de reestructuración. Sin embargo, para llegar a donde nos encontramos ahora la preconcursalidad ha tenido que ir superando numerosas dificultades que han ido surgiendo y han ido obstaculizando su inclusión; constantes modificaciones de la LC en la que se encuentran recogidas las crisis económicas, entre otros asuntos.

Por ello, voy a ir desglosando la preconcursalidad en nuestro país desde la primera LC hasta la actual, incluyendo la nueva reforma de 2022, atendiendo también a esas diferentes reformas, para poder observar cómo se ha ido desarrollando y cómo se ha ido incluyendo a lo largo de las leyes concursales y esas reformas que ha sufrido.

3.1. Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio.

Considero necesario mencionar, aunque sea algo más propio de Derecho Concursal, que antes de que esta LC entrase en vigor han existido diversas propuestas y otros tantos anteproyectos de LC en nuestro país que no triunfaron a pesar de la necesidad de la unificación del Derecho Concursal en una ley, así como de la inclusión de los institutos preconcursales en esta.

No fue, entonces, hasta el 9 de julio de 2003⁵ que pudo conseguirse esa LC tan ansiada, como deseada y necesaria. La poca comunión social, jurista y sobre todo política entorpeció que no pudiera prosperar una LC con anterioridad al año 2003. Curiosamente estos motivos seguirán siendo los mismos para explicar el exagerado retraso para la obtención de la nueva y tan necesaria LC 1/2020 que rige en la actualidad.

Con anterioridad a esa unificación hablábamos de estas materias en diversas leyes y Códigos que no tenían ninguna clase de vínculo entre ellos, como eran: el CC⁶, el CCom. de 1829 y el

⁵ LC 22/2003. BOE, 10 de julio de 2003, núm. 164.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-13813>

⁶ Real Decreto por el que se publica el CC. BOE, 24 de julio de 1989, núm. 206.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> (Última consulta: 4 de junio de 2021)

CCom. de 1885⁷, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y la Ley de Suspensión de Pagos de 1920⁸. Todas estas normas ya derogadas, salvo el CC y el CCom. de 1885, que se mantienen en vigor con diversas modificaciones. Ello haría nada más que reforzar lo dicho: esa falta de la disciplina, necesaria y temprana, que requerían estas materias al estar dispersas en diferentes normas de distinto calado en el ámbito privado.

Ahora bien, ello no impidió que esta Ley 22/2003 permitiese una relativa tranquilidad cuando se pretendiese regular materias tan importantes para la sociedad y, sobre todo, para las empresas. En sus diez títulos que la componen reservaba únicamente el Título X para el acuerdo extrajudicial de pagos. Posteriormente a lo largo de sus diversas disposiciones, solo en dos de ellas (disposición adicional cuarta y disposición adicional quinta) se hacía referencia al acuerdo de refinanciación enfocado para grandes empresas y en solamente una de ellas (disposición adicional séptima) se trataba de nuevo un aspecto del acuerdo extrajudicial de pagos que junto con lo establecido en ese Título X se ocupaba de las Pymes y deudores personas físicas.

Debe ser destacado que algo tan importante como estas dos instituciones se les hiciera tan poca referencia en esta ley. El legislador pudo haberlos otorgado una mayor cobertura cuando son, para lo que conocemos actualmente como el precurso en España, la mejor manera de evitar el concurso o, siendo el peor de los escenarios, la liquidación, sin necesidad de aplicar el Derecho Concursal.

Es cierto que por la situación en la que se encontraban y lo tardía que se dio esta Ley 22/2003, en pleno siglo XXI, pudieron influir para que no se hiciese de distinta manera. Se agilizó la incorporación de una moderna legislación concursal, priorizando su publicación para huir de ese arcaísmo, lo que provocó que no se pudiese hacer frente con esta sin una reforma a la devastadora crisis económica de 2007.

A pesar de la inclusión de ambos acuerdos de manera tan simplificada, ello no daba lugar a una aplicación fácil de los mismos, esto podemos verlo en los acuerdos de refinanciación ya que no será hasta la reforma 38/2011 de esta ley, en la cual ya se podrán aplicar de manera más flexible y concisa profundizando en lo ya establecido en el Real Decreto-ley 3/2009 de 27 de marzo. Esta reforma lo permitía dándoles esa importancia de la que en esta Ley

7 Real Decreto por el que se publica el CCom. BOE, 22 de agosto de 1885, núm. 289.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627> (Última consulta: 4 de junio de 2021)

8 *Vid.* BROSETA PONT, Manuel, and Fernando Martínez Sanz. Manual de Derecho Mercantil. Volumen II, contratos mercantiles, derecho de los títulos valores, derecho concursal. 27a ed. a cargo de Fernando Martínez Sanz. Madrid: Tecnos, 2020, pp. 548 y 549.

22/2003 carecían, al regularse únicamente en dos disposiciones adicionales. Y como veremos más adelante, no se empieza a hablar de acuerdo extrajudicial de pagos como lo conocemos ahora hasta la Ley 14/2013 de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, a pesar de haber sido nombrado en la ley.

Por lo tanto, a los acuerdos en la ley no se les daba ninguna prioridad, se situaban complejos y de un uso que se limitaba a ser completamente extraordinario; lo que se instaba a utilizar era la vía concursal. Lo que se antepone era el uso de la propuesta anticipada de convenio, a estos acuerdos ni se valoraba su uso. Esto se reafirma al atender que en la exposición de motivos de esta Ley 22/2003 ni siquiera se hace referencia al concurso, tampoco se habla de lo que llama acuerdo extrajudicial de pagos o de la mención en las dos disposiciones adicionales ya dichas del acuerdo de refinanciación.

Y esta poca importancia, esta escasa referencia, a estos dos institutos concursales es algo que se explica al saber que no fue hasta 2009⁹ cuando se empezó a hablar de Derecho Preconcursal como tal. Esa sobrecarga del Derecho Concursal en la primera LC española tarda seis años en aminorarse, ya que el uso de los acuerdos ya nombrados se empezará a ejercer como un Derecho en ese entonces; de manera tardía y, personalmente, inexplicable.

Creo que es justo decir que esta LC nace en un año 2003 en la que una crisis económica que deja al país en un panorama imprevisible; era la primera que se vivía en el siglo XXI. Unas 72 empresas en 2004 se declaran en concurso y, aunque esa cantidad al ser comparada a la que se da con la crisis ocurrida en unos años posteriores es una diferencia abismal, se puede observar se hace un gran uso de la nueva LC; es verdad que comparadas esas empresas que entran en concurso con la cifra de sociedades mercantiles que se crean, unas 38.648, nos indica que el impacto no fue tanto como en el 2011¹⁰.

Hay un fenómeno, que considero adecuado señalar, al que se le conoce como la “huida de la LC”. Esto ocurrió después de la entrada de vigor de la LC 22/2003, ya que las sociedades españolas en lugar de solicitar el concurso por una causa de insolvencia real o inminente, al atender a la crisis que estaban sufriendo y que podría suponer su desaparición, acudían a foros extranjeros, buscando esas soluciones que no les daba esta ley; teniendo, por cierto, éxito al hacerlo.

3.2. Reforma Ley Concursal del 38/2011 de 10 de octubre.

9 *Id.* PULGAR EZQUERRA, Juana.: Manual de Derecho concursal. 3a ed, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, 2020, pp. 35.

10 Libre Mercado (España): 2003-2011: *Las cifras del desastre* (en línea). B. García, España, a 29 de julio de 2011. < <https://www.libremercado.com/2011-07-29/la-economia-espanola-antes-y-despues-de-zapatero-1276431131/> > (Última consulta: 4 de junio de 2021)

Esta reforma de la LC de 2003 requiere de una importancia extraordinaria, no solo por el momento en el que se lleva a cabo, en plena crisis económica que dio comienzo en 2008, sino que también por la modificación y mejor estructuración que lleva consigo de los institutos preconcursales; es de destacar el art. 5 bis, que incluye esta reforma como novedad¹¹.

Con el Real Decreto-ley 3/2009 de 27 de marzo, que se regula como reacción a la grave crisis económica que padece España, que afecta a las parcelas financiera, tributaria y concursal, podemos ver como se empieza a hablar de Derecho Preconcursal por primera vez en nuestro derecho. Este Real Decreto-ley es solo un parche en materia concursal, ya que a causa de la crisis se requiere una reforma mayor que se llevará a cabo por la LC 38/2011 de 10 de octubre y que, es cierto, propició en mayor medida este. Simplemente hasta que se dé la reforma necesaria, porque se ha visto que con la ley de 2003 no se podía abarcar a las 1.552 empresas que habían entrado en concurso en 2011, trata, pues, que se puedan agilizar los trámites y que se pueda evitar, sin la mayor demora posible, una situación de insolvencia de todas aquellas empresas en serios problemas.

De nuevo se puede atender a esa relativa dilación de los políticos en sacar adelante y exigir con celeridad la tan necesaria reforma de la LC de 2003. En el Real Decreto-ley 3/2009 se nos habla de la “extrema urgencia y necesidad” que excusa para sacarlo adelante, recordando que se requiere una mayor reforma de la ley y que este Real Decreto-ley no puede cubrirla. Parece ser que durante dos años no fue posible un acuerdo y, a pesar de la gravedad de la situación en la que se encontraba ya no solo el país, sino que también todas esas empresas y empresarios por la crisis tan destructiva que se vivía, se ha carecido de ese acuerdo en las esferas en las que era necesario.

Quizá esa urgencia no era tan necesaria en el tiempo como se decía que era, ya que a pesar de que se crea una Comisión General de Modificación, esos dos años transcurren sin mayor solución además del Real Decreto-ley ya dicho y la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de la reforma de la legislación procesal para la implantación de una oficina judicial, por el que se reforman 49 preceptos de la LC.

En este Real Decreto-ley de 3/2009 se nos establece en su art. 8.3 una disposición adicional cuarta en la LC sobre los acuerdos de financiación entre el deudor y sus acreedores, empezando a dar el paso necesario para mostrar así la importancia que debería de tener el precurso en nuestro derecho y dejar de lado ese exclusivo uso del Derecho concursal;

¹¹ Ley 38/2011, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BOE, 10 de octubre de 2011, núm. 245. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-15938>

permitiendo la homologación judicial de estos acuerdos. Se da también una aplicación más flexible a lo que por entonces se llamaba acuerdo extrajudicial de pagos.

Es más apropiado que antes que entrar al largo y tedioso procedimiento concursal exista la posibilidad de lograr, o de conseguir, un acuerdo extrajudicial de pagos o un acuerdo de refinanciación¹². Eso es lo que se consigue, de manera más remarcada y avanzada que en 2009, con esta reforma de la LC de 2011; la cual se denomina como una actualización de la normativa concursal para adecuarla a la peliaguda época económica que se vive, no como una LC completamente nueva.

Además de esa variación, otorgando la importancia que se requería a los acuerdos de refinanciación con su homologación, tratando de que haya una mayor agilidad para dar ese alivio a las empresas, también se observan reformas en materia de insolvencia, la existencia de un procedimiento abreviado como tal, modificaciones en fase común y convenio y se regula una anticipación en la liquidación, entre otros asuntos más propios de Derecho Concursal y demás ámbitos.

En el art. 5 bis de esta reforma de 38/2011 de la LC de 22/2003, el que anteriormente informo de su importancia, se hablara de la “Comunicación de negociaciones y efectos sobre el deber de solicitud del concurso”. Se podría decir que es una sustitución del antiguo art. 5.3 que incluye el Real Decreto-ley de 2009 de 27 de marzo; así que este art. 5 bis de la reforma 38/2011, además de profundizar en los mecanismos preprocesales ya establecidos en 2009, regula el ya conocido como precurso de manera más clara y favoreciendo la aplicación de los institutos preprocesales.

Se pretende que antes de acudir a la vía concursal pueda ejercitarse esta alternativa que existe con los acuerdos de refinanciación, cuya regulación dejara de ser tan simple e ineficiente como en 2003. Se busca, como no podía ser menos, que la empresa pueda sobrevivir y que no se tenga que llegar ni al concurso, ni por supuesto a la liquidación. Aunque es de justicia decir que, aunque se pretende que estas puedan continuar su ejercicio, las empresas no actúan hasta que ya es demasiado tarde y no se puede evitar su liquidación; cosa que ocurre igualmente en la actualidad.

Por tanto, con este art. 5 bis una de los asuntos más importantes que se trata es que se haga uso de ese acuerdo de refinanciación y que, con el mismo, haya un tiempo añadido al plazo

¹² El Notario del siglo XXI (España): *Crisis económica y reforma concursal. Soluciones convencionales a la insolvencia* (en línea). Fernando Olaizola, Madrid, a 25 de febrero de 2010, en una conferencia. < <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-31/1172-crisis-economica-y-reforma-concursal-soluciones-convencionales-a-la-insolvencia-0-8278208261614859> > (Última consulta: 12 de julio 2022)

establecido, tras la notificación al juzgado competente, para que el deudor pueda negociar el acuerdo con sus acreedores; así como, en la práctica, para declarar la insolvencia¹³.

A partir de 2011 el panorama ya no solo concursal, sino que el preconcursal en España da el gran salto que se venía exigiendo, ya no solo jurídicamente, sino que, y lo más importante, socialmente; las leyes tienen que ir siendo modificadas e indirectamente mejoradas según van pasando los años y adaptarse así a la época en que se vive, sobre todo si el país sufre situaciones extremas como es una crisis económica.

Veo importante hacer referencia a la Ley 14/2013 de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización, ya que ocurren con ella dos importantes modificaciones en materia de Derecho preconcursal. La primera de ellas, y la más importante, es la introducción en la LC de lo que conocemos actualmente como acuerdo extrajudicial de pagos, cuyo desarrollo prácticamente se llevaba a cabo por el mediador concursal.

La segunda se refiere a regular una asequible homologación judicial de los acuerdos de refinanciación, ya que hasta ese entonces era más complicado que se diera en estos acuerdos su homologación judicial. Eso sí, no fue la modificación que requerían estos, ya que eso ocurría con la Ley 17/2014 en la cual se produjo su necesaria y profunda reforma. Esta Ley 17/2014, como digo, se ocupó esencialmente de la reforma de estos acuerdos de refinanciación, buscando, sobre todo: extender los efectos del acuerdo, evitar que una acción de reintegración pudiese terminarlos y de la inmunidad de los titulares de créditos con garantía real respecto de estos acuerdos de refinanciación homologados judicialmente.

El que esta Ley 14/2013 tuviese como objetivo ambos acuerdos, supuso que ya de manera definitiva, y sin duda alguna, se apostase por dar más valía a las soluciones alternativas al concurso: el acuerdo extrajudicial de pagos y el acuerdo de refinanciación. Ese escaso papel que había tenido el precurso en la LC de 2003, así como en sus posteriores reformas, se ha ido aminorando con el tiempo y tras profundizar el salto dado en la reforma de 2011, se consigue que los empresarios tengan más opciones para escoger, intentando, con más rapidez y seguridad, evitar llegar a la irremediable desaparición de su empresa o comercio.

3.3. Ley Concursal 1/2020 de 5 de mayo.

Es de señalar la multitud de reformas que se han producido no ya solo desde que la LC 22/2003 entrase en vigor, sino desde 2009 en adelante. Y ello nos demuestra que en absoluto se reguló la materia concursal y preconcursal como debía haberse hecho en un principio, ya

13 CMS. Law (España): *La modificación del art. 5bis LC* (en línea). Gracia Sanz y Juan Ignacio Martínez Aguado, a 09 de junio de 2014, Madrid. < <https://cms.law/es/esp/publication/la-modificacion-del-art.-5bis-lc> > (Última consulta: 12 de julio de 2022)

que se vio superada por las distintas crisis económicas y la realidad social a cada poco excesivamente cambiante para la misma.

Es necesario poner de manifiesto que esa Ley reformada y modificada de manera desmesurada, carecía de la coherencia social y jurídicamente requerida ya que algunos textos legales, entre ellos los de la LC, según van transcurriendo los años se encuentran discordantes con la actualidad y regidos por una anarquía insostenible, por lo que han de ser nuevas leyes las que los sustituyan para que puedan formar parte de una sociedad que es cambiante, como también debe serlo el Derecho: debía, pues, darse la regulación de una nueva LC.

Aunque vino más tarde de lo requerido, se dio a través de una reacción más clara cuando la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, estableció en su disposición final octava que el Gobierno debía actuar y en el plazo de doce meses aprobar un texto consolidado de la Ley 22/2003.

O eso se esperaba al menos, porque ese plazo de doce meses fue insuficiente para que se diese la ley. Mayormente el problema provenía del panorama político que se ha vivido en España desde ese año 2015 con cuatro elecciones generales, hasta que en 2019 ya se pudo formar un Gobierno que sigue al frente del país en la actualidad. De nuevo existió esa falta de comunión que había antes de la LC de 2003, en la que la esfera política y, por consiguiente, la social no superaron las expectativas.

Tuvo que ser la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, la que incluyó en su disposición final tercera un nuevo plazo de 8 meses para aprobar ese nuevo texto refundido a propuesta de los Ministros de Justicia y Economía.

Y, al fin, sucedió. Por medio del RDL 1/2020, de 5 de mayo, se aprobó el texto refundido de la LC; y entra en vigor el 1 de septiembre de 2020¹⁴. Con esta ley esa falta de coherencia interna y social que existía con tanta reforma y modificación, desaparece por completo, pasando a darse una ordenación de manera sistemática y con sentido de cada una de las materias que regula misma. Los preceptos ya se centran en lo que les ocupa, no hay uno de ellos que regule varias materias a la vez, lo cual también hace que esta Ley sea mucho más larga que su predecesora: unos 752 artículos, 500 más que en la Ley de 2003. Se ha dado también esa unificación de la terminología que debe existir de manera obligada en un texto legal.

14 Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la LC. BOE, 1 de septiembre, núm. 127. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4859> (Última consulta: 10 de junio de 2021)

Por tanto, no se trataba con esta reforma de modificar por completo lo establecido, sino de realizar una regulación, armonización y establecer una lógica para poder acudir a la materia concursal y, sobre todo, a la preconcursal en España existiendo un cierto orden o sistema que seguir para su aplicación.

Se divide, pues, en tres libros: el primero de ellos dedicado al concurso de acreedores, el segundo al Derecho Preconcursal y el tercero en lo referido a normas de Derecho Internacional Privado. Que al Derecho Preconcursal se le dedique un único libro en una ley es un avance tan necesario como extraordinario, ya que a esta materia se le da el papel que requiere y que venía exigiendo a lo largo de los años; sin duda un absoluto acierto por parte del legislador. Definitivamente ocurre que en España se considera por medio de una ley al Derecho Preconcursal como una materia completamente separada del Derecho Concursal y válida por sí misma, es más, se vuelve una rama del Derecho como tal.

Esta ley tiene todavía más importancia porque tiene lugar en plena pandemia del COVID-19, una situación tan extrema que nunca antes había sufrido la humanidad en el siglo XXI; llegándose incluso a aplicar en España el Estado de Alarma. Esta pandemia lleva aparejada una crisis económica de la que todavía no podemos valorar sus consecuencias, hablaré de ello más detalladamente en adelante, y que por supuesto afectara en todos los ámbitos imaginables.

Volviendo al TRLC y a su regulación del precurso en un único libro, es de destacar que lo que conocíamos como artículo 5 bis que hacía referencia a la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores, se recoge en el primer título de la ley, el segundo título se ocupa de los acuerdos de refinanciación, el tercero se refiere a los acuerdos extrajudiciales de pago y el cuarto al concurso consecutivo. Considero importante señalar que todos aquellos preconcursos comunicados por el deudor hasta el 31 de diciembre de 2020 se regularan por este art. 5 bis, además de por el art. 15 de la LC; cuando entre en vigor el TRLC se regularan por los arts. 538 y ss. de esta nueva legislación.¹⁵

Su elaboración ha sido tediosa y bastante complicada, ya que estos institutos alternativos han estado todos estos años regulados de la manera más simple que se podía, lo cual había provocado su deficiencia. Incluso podríamos decir que en esta ley ha faltado una regulación más clara en cuanto al régimen jurídico aplicable a los acuerdos de refinanciación, pero el legislador aclara que se ha buscado que se pueda conseguir lo que se pretende con estos

¹⁵ Almacén de Derecho (España). *El precurso* (en línea). Por Daniel Rodríguez Ruiz de Villa, a 13 de agosto de 2020. Concursal, Legislación, Mercantil 1. < <https://almacenederecho.org/el-precurso> > (Última consulta: 10 de junio de 2021)

acuerdos; que su tipificación hubiera sido de otra manera más adecuada es lo menos importante.

Se ha tratado de conseguir que no existan ya más esas lagunas que podrán provocar una nueva “huida de la LC”, o forum shopping, como pasó con su predecesora, así como de terminar con las incongruencias y deficiencias que eran apreciables y entendibles de su existencia. Es cierto que este TRLC lleva algo menos de un año en vigor, por lo que todavía no podemos apreciar si se ha conseguido acabar con aquello que las sociedades españolas buscaban en la ley y no encontraban, pero lo que se puede decir es que esta ley ha ayudado en demasía a que haya otras soluciones al concurso y no haya una sobrecarga del Derecho Concursal, como tampoco la habrá del Derecho Preconcursal.

No son dos materias iguales, ni dos que dependan una de la otra, pero a través de la ley podemos apreciar que se complementan, ya que se busca que a donde no llega una, pueda llegar la otra. Lo apropiado sería, pues, acudir a los institutos preconcursales y si aun así no es posible llevar a cabo el uso de ninguno de los dos acuerdos, acudir al Derecho Concursal. Esto no siempre se cumple en la práctica, ni tampoco es obligatorio, pero pienso que es lo que pretendía el legislador.

3.4. Reforma del TRLC, de 8 de julio de 2022.

Sin embargo, aún no es ni será el final para el Derecho Concursal y Preconcursal, ya que una nueva reforma del TRLC ya está en vigor en España, y entrará en vigor el 8 de julio de 2022. Fue aprobada en las Cortes Generales sin ningún voto en contra el 30 de junio de 2022, lo cual sabiendo de lo que venimos y lo que ha requerido sacar adelante las diferentes leyes concursales es bastante llamativo, aunque para nada mala noticia. Parece ser la triste realidad que haya que celebrar que haya acuerdo para sacar adelante diferentes leyes, aunque estas vayan tarde en muchísimas ocasiones, e incluso incompletas. En definitiva, esperemos que esta nueva reforma dé más alas al Derecho Concursal y particularmente, porque de ello estamos hablando aquí, al Derecho Preconcursal, ya que con las distintas modificaciones de este se pretende una mayor capacidad y agilidad a la hora de poder acceder y usar instrumentos preconcursales, así como una menor intervención del juez, lo cual complementa y suma a lo dicho anteriormente, así como se busca la manera de mejorar los procesos de insolvencia y tratar que las empresas puedan ser aún más viables.

Esta reforma del TRLC, se nos presenta de la siguiente manera: “Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la LC, aprobado por el RDL 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e

inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).”¹⁶. Este empezó como anteproyecto de ley de reforma de LC al aprobarse en el Consejo de Ministros el 21 de diciembre de 2021, el 14 de enero de 2022 se publicó en el BOCG, pasando a ser ya Proyecto de Ley y ya en ese entonces se inició su tramitación parlamentaria por el procedimiento de urgencia y pudiendo establecerse enmiendas hasta el 9 de febrero de 2022. Se aprobó en las Cortes Generales, como ya hemos dicho antes, el 30 de junio sin ningún voto en contra y entró en vigor el 8 de julio de 2022. Esta necesidad de reforma, a pesar de pretender distintos aspectos de los que más adelante vamos a hablar más en profundidad, se lleva a cabo por la Directiva de la UE ya indicada, en cuanto a la reestructuración e insolvencia, de la que debe darse su transposición en el Derecho Español. Que fuera una, digamos, obligación europea no viene a significar que no fuera necesaria una modificación en España de esta materia, ya que a pesar de lo que se pretendía con los institutos concursales su uso no ha sido tanto como debía serlo, sin embargo, la demanda de uso, que entonces por diversas circunstancias no se daba al completo, otro asunto que se pretende también solucionar con esta reforma, ha sido bastante alta. Esto nos lleva a pensar que aun siendo cierto que no ha sido iniciativa española modificar su Derecho Preconcurso, como según se nos indica en la exposición de motivos del Proyecto de Ley, era necesario las modificaciones realizadas, sobre todo en el ámbito preconcursal, para que haya un mayor, mejor y más ágil uso de estos instrumentos, y que tanto los resultados como los efectos, sean los más idóneos tanto para las empresas como para los acreedores.

Se busca con esta reforma dentro del ámbito preconcursal que las empresas sean más viables, es decir, que puedan continuar su actividad y que los acreedores tengan una mayor garantía de recuperar ese dinero prestado a través de los créditos, y unido estará también la reestructuración de las empresas, la cual debe ser mucho más rápida y temprana de lo que lo era antes. La mayor modificación producida es aquella referida a los planes de reestructuración y la grandísima importancia que se les da, llegando a definirlos como el único de los institutos concursales, ya que se produce la unión de los acuerdos de refinanciación y extrajudiciales de pagos en un solo instrumento: los planes de reestructuración. Poseen la particularidad de

¹⁶ Proyecto de Ley, de reforma del TRLC, Derecho Concursal y Preconcursal. BOCG, 14 de enero de 2022. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-84-3.PDF

que los deudores podrán adherirse a ellos antes de incluso de la insolvencia inminente que requerían anteriormente los otros dos acuerdos preconcursales, eso sí, igualmente encontrándose en problemas financieros, pretendiendo que la empresa pueda conseguir la ansiada reestructuración antes en el tiempo y continuar con su actividad. Considero necesario hablar de ambos acuerdos y entonces de los planes de reestructuración, para que podamos ver, aunque sea mínimamente, las diferencias establecidas y lo que conlleva que con esta reforma solo exista un instituto preconcursal.

La nueva división del Derecho Preconcursal en su Libro Segundo con esta reforma queda, pues, de la siguiente manera: Título I, presupuestos objetivos y subjetivos; Título II, comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración; Título III, los planes de reestructuración, su homologación judicial y su régimen de impugnación; Título IV, nombramiento del experto encargado de la reestructuración y su estatuto; y por último el Título V, en cuanto a las especialidades de los deudores que no alcancen determinados mínimos.

4. ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN.

Aun sabiendo que estos acuerdos con la nueva reforma de la LC del 8 de julio no tienen cabida en nuestro Derecho, ya que desaparecen y toman su lugar los planes de reestructuración, considero esencial relatar, con la mayor brevedad posible, todo lo necesario sobre una figura que se ha usado con mucha regularidad como alternativa al concurso de acreedores.

Aunque a priori parece algo razonable, ¿por qué esa necesidad de usar o utilizar esos acuerdos de refinanciación? Fueron las crisis económicas que se dieron en todo el mundo durante este siglo XXI las que señalaron, al ver la situación económica de muchas empresas, la necesidad de acuerdos, que les pudiesen evitar la entrada en concurso, asunto que muchas al no haber todavía tales no pudieron evitar¹⁷, y la muy posible liquidación. Concretamente fue en el RDL 3/2009, de 27 de marzo, con el que se incluye por primera vez una legislación específica para los acuerdos de refinanciación y para su uso. Con la práctica se atendió a que los acuerdos de refinanciación regulados por ese RDL, a pesar de darles una concreta protección, tenían una serie de vacíos legales y no podían usarse a la perfección. Por ello, con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de la que ya hemos hablado y que reformaba la LC, se introdujo una serie de modificaciones a estos acuerdos entre ellas es de destacar la homologación judicial de los acuerdos. En otras nuevas reformas se les añadió una notable seguridad jurídica como en la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y a su internalización, o la que se produjo con el RDL 4/2014, de 7 de marzo, importante señalarla porque con este último RDL 4/2014, que se incluyó en la Ley 17/2014, esa homologación judicial de los acuerdos producida en 2011 tuvo una mejoría y los acuerdos de refinanciación ampliaron su contenido, sus efectos y su campo de actuación, en definitiva, sentaron las bases de estos acuerdos, dejando claro que con ellos se pretendía evitar el concurso; y aunque no se empezó a hablar de Derecho Preconcurso per se hasta el TRLC con ello ya pretendían esa distinción del Derecho Concursal conocido y que posteriormente a esa fecha volvería ser modificado.

Definimos, pues, un acuerdo de refinanciación como una entrega de dinero por medio de un crédito o préstamo que realizan los acreedores al deudor para que este pueda renegociar o refinanciar su deuda contraída con los acreedores debido a la situación de insolvencia inminente o actual en la que se encontrase. Con un acuerdo de refinanciación se trataría, entonces, que el deudor continuase con su actividad empresarial o profesional y que se diese su reestructuración para que en un futuro pueda reintegrar lo debido a sus acreedores. Esta

¹⁷ *Vid.* PULGAR EZQUERRA, Juana.: Manual de Derecho concursal. 3a ed, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, 2020, pp. 86 y 87

reestructuración no gozará de la misma prioridad jurídica en los acuerdos que en los planes, más adelante lo veremos. Además, se trataría de evitar que una empresa entrase en concurso, ya que el 90% de las empresas que entran en concurso acaban en liquidación¹⁸, hasta la nueva reforma estos acuerdos eran la alternativa más eficaz para que las empresas pudiesen solucionar su situación y no acabasen en concurso, y muy posiblemente en liquidación. Actualmente con los planes de reestructuración, que se regulan como los únicos instrumentos preconcursales existentes, se trataría de que todavía más personas físicas o jurídicas deudoras acudan al precurso, ya que con el TRLC los métodos de esta rama jurídica no se usaban tanto como se hubiera pretendido a la hora de legislarlos, y que, por consecuencia, menos empresas sean declaradas en concurso y al 90% terminen en liquidación; no podremos saber si estos porcentajes concretos de liquidación de empresas se amplían o se reducen con la nueva reforma, al menos hasta que haya transcurrido el tiempo suficiente desde la introducción de estos planes para estudiar su uso y su afectación en la sociedad.

4.1. Típicos.

Son los primeros tipos de acuerdos de refinanciación que recogía el TRLC en el art. 596, serán tres los que se integraban dentro de este tipo de acuerdos de refinanciación típicos.

4.1.1. Colectivos.

Se recogían en el art. 597 TRLC. Se diferencian de los otros dos tipos de acuerdos de refinanciación típicos en que requieren ser aprobados por la mayoría de los acreedores del deudor, además necesitan ya no solo que el deudor este en una situación de insolvencia actual o inminente, sino que también se den una serie de presupuestos como son esa ampliación de crédito, ese contenido mínimo y esa modificación de obligaciones (ej: período de espera); eran, pues, un negocio o acto jurídico por el que se ampliara el margen de actuación del deudor otorgándole los acreedores un crédito, con una serie de garantías, para que pueda continuar su actividad profesional o empresarial evitando ir a concurso en respuesta a un plan de viabilidad habiendo ser suscritos por acreedores y deudor y formalizándose en instrumento público por estos¹⁹. Hay aspectos en común con un plan de reestructuración,

¹⁸ Confilegal (España). *El 90% de las empresas que entran en concurso acaban en liquidación* (en línea). Por Carlos Berbell, a 18 de septiembre de 2021. < <https://confilegal.com/20210918-jose-miguel-tabares-vice-decano-de-los-registradores-el-90-de-las-empresas-que-entran-en-concurso-acaban-en-liquidacion/> > (Última consulta: 24 de junio de 2022)

¹⁹ *Vid.* BROSETA PONT, Manuel, and Fernando Martínez Sanz. Manual de Derecho Mercantil. Volumen II, contratos mercantiles, derecho de los títulos valores, derecho concursal. 27a ed. a cargo de Fernando Martínez Sanz. Madrid: Tecnos, 2020, pp. 709 y 710.

el instrumento preconcursal en vigor actualmente, como son esas garantías de las que han de gozar los acreedores en todo el proceso, esa más definida y aún más necesaria viabilidad empresarial y esa formalización en instrumento público. La prórroga de estos acuerdos no se concreta o establece, como sí ocurre en los actuales planes.

En estos acuerdos colectivos intervienen 4 partes: acreedores, deudor, auditor y experto independiente. Los acreedores realizan ese papel tan esencial ya descrito, con la particularidad de que no todos están obligados a intervenir activamente en estos acuerdos, no se les exige en la ley. Eso sí, esta no exigibilidad obliga a que exista un quorum de suscripción al acuerdo del 60% como mínimo, buscando los acreedores que en un futuro el deudor les devuelva el dinero que le han otorgado, por lo que les interesa que no exista la declaración de concurso. Pueden ser acreedores de todo tipo, no se especifican, no hay una distinción entre clases de crédito como ocurre en los planes. El deudor, la otra gran figura de estos acuerdos, como persona física o jurídica y su patrimonio será lo primordial. No debe estar inscrito obligatoriamente en el Registro Mercantil, no se nos habla en ningún momento del RPC, y debe ser alguien a quien se le pueda declarar en concurso y que lleve a cabo una actividad profesional o empresarial.

El auditor y el experto independiente son las otras dos figuras. Empezamos con el auditor, ya que este sigue incluyéndose en el TRLC y su importancia otorgada por la Ley 17/2014 sigue intacta. El auditor es aquel al que se le da la responsabilidad de asegurarse que se cumpla el quorum de adhesión al acuerdo, ese 60%, pudiendo ser el mismo porcentaje o incluso superior. El experto independiente, por el contrario, por medio de la Ley 17/2014 se le sustituyó por el auditor y se le considera una figura opcional, regulado de esa manera en los arts. 598.2 y 600 TRLC. En el caso de darse esta figura, el experto independiente tiene los mismos presupuestos que el actual experto encargado, siendo también opcional, y como un tercero, la única diferencia era que al experto independiente lo escogía el registrador mercantil del domicilio del deudor con la misma razón de que posea esos conocimientos jurídicos, económicos y técnicos requeridos. Existirá con ambos ese informe, que también había de establecer el auditor, con unos tiempos para realizarlo el experto independiente anteriores a la suscripción de los acreedores al acuerdo y con la especialidad de la inclusión de las reservas. Puede haber más de un solo experto independiente, aunque es más común que solo haya uno por empresa deudora como ocurre con los planes.

En lo que respecta a los efectos que se producían desde la negociación hasta que se obtiene el acuerdo: el primero el fin de la insolvencia actual o inminente, siempre que la empresa sea viable; el segundo de los efectos es el de la protección ante concursos necesarios; otro sería

que no se podrían rescindir los acuerdos, ni los actos o negocios jurídicos producidos en los dos años anteriores a la declaración de concurso; uno sería que más allá de los dos años no pudiesen impugnarse acuerdos; como otro efecto tendríamos la protección del dinero nuevo, el que otorgaban los acreedores al deudor para que este pueda refinanciar su deuda, lo que daría seguridad jurídica tanto a acreedores como al deudor, siendo esto lo que con los planes llamaríamos nueva financiación; como sexto y último efecto, cuando el deudor entrase en concurso le sería imposible lograr un acuerdo de refinanciación colectivo.

4.1.2. *Singulares.*

Se recogían en el art. 604 TRLC. En estos acuerdos tendremos una mayor atención en los requisitos objetivos, como la viabilidad empresarial al igual que ocurre en los planes, ya que hablamos de acuerdos bilaterales o entre dos partes, unos determinados acreedores y el deudor²⁰, a través de los cuales se le concede ese ya conocido crédito al deudor, buscando que este acuerdo sea adecuado a derecho y que el acreedor no pueda aprovecharse económicamente de la situación de insolvencia actual o inminente del deudor, pero sin encontrarse todavía en concurso de acreedores. Ese aspecto bilateral se recoge en los planes de reestructuración, ya que igual hablamos de acreedores y de deudor, aunque a diferencia de estos acuerdos singulares incluimos ese experto encargado cuando sea necesario, e incluso otras figuras como sería mismamente la del Juez, desapareciendo entonces esa bilateralidad. Esa situación de insolvencia actual o inminente y esa no declaración de concurso, también coinciden con los planes.

Se usarán para que la masa activa del deudor tenga una notable mejoría, siendo mucho más restrictivos que los colectivos, sobre todo a en lo que respecta a las clases de acreedores que pueden formar parte de estos acuerdos, ya que por ejemplo los acreedores financieros y de entidades de crédito son dos de los que no podrán hacerlo; esta diferenciación se acercaría más a lo que ocurre en los planes con las clases de créditos. Estos acuerdos singulares tenían su propio régimen, por lo que no podían transformarse en homologados, ni acudir a los colectivos; los planes, en cambio, pueden homologarse. Eran, cuando estaban vigentes, los menos usados en la práctica, quizá porque no existía esa regla de la mayoría si no el aumento de la diferencia al pasivo del activo a través de una mayor financiación para la empresa por medio de un préstamo; además de las especificaciones existentes entonces para la liquidez

²⁰ *Vid.* BROSETA PONT, Manuel, and Fernando Martínez Sanz. Manual de Derecho Mercantil. Volumen II, contratos mercantiles, derecho de los títulos valores, derecho concursal. 27a ed. a cargo de Fernando Martínez Sanz. Madrid: Tecnos, 2020, pp. 710 y 711.

del deudor, el porcentaje de las garantías reales no sean mayor del 90% del crédito y para el tipo de interés. La formalización pública también existirá como con los planes, en base a esa seguridad que habían de otorgar sin estar tan concreta como en estos.

4.1.3. Homologados judicialmente.

El TRLC amplía, mejora y modifica lo establecido en la Ley 17/2014 en lo referido a los acuerdos de refinanciación, que se recogían en el art. 605. Son sin duda alguna los que poseen mayores aspectos distintivos de los que era las tres clases de acuerdos típicos de refinanciación, ya que mismamente requerían que concurriese un tipo de acreedor concreto, el acreedor titular de pasivo de endeudamiento financiero que son los que entienden y conocen los créditos financieros y han aportado dinero a esa empresa deudora, que exista una intervención judicial y con la particularidad de que al homologarse no podrán ser rescindidos, a diferencia de los acuerdos de refinanciación atípicos. Esta homologación tendrá bastantes puntos en común con la homologación que podría ocurrir en los posteriores planes de reestructuración.

Estos acuerdos homologados judicialmente son los que alcanza el deudor persona física o jurídica, en la obligatoria situación de insolvencia actual o inminente, sin por supuesto encontrarse aun en concurso de acreedores, y se distinguen de los otros dos en que tratan de que las empresas sufran una reestructuración, buscando que lleguen a ese objetivo de la sanación, manteniendo a la empresa en funcionamiento y que la deuda aun existente pueda soportarse; podrían entonces homologarse ciertos acuerdos colectivos en los que el crédito haya aumentado y el margen de la empresa sea mayor, las obligaciones hayan cambiado o sido extinguidas y que la empresa sea viable. En los planes todo lo anterior sobre la homologación de la misma forma se produce, bien podríamos añadir que la reestructuración más temprana y realista de la empresa se busca con más insistencia y con una mayor seguridad jurídica en estos, que como se hacía en los acuerdos de refinanciación homologados.

Existía una distinción de los créditos en base al endeudamiento financiero del deudor, sin considerar como posibles en estos acuerdos a los créditos de derecho público ni a los laborales. Esa no participación de todos los acreedores en el acuerdo, haciendo referencia a los acreedores disidentes, también podríamos verlo reflejado en los planes cuando nos referimos a aquellos que votan a favor o en contra. El quorum de mayorías era del 51%, en cuanto a créditos y/o préstamos en estos acuerdos, para la aprobación de la homologación, mientras que en los planes era del 50%, en clases de créditos y en lo que respecta al pasivo afectado. La formalización en instrumento público ocurre de igual manera en los acuerdos

de refinanciación homologados judicialmente que en los actuales planes de reestructuración, aportando los documentos necesarios.

¿Cómo se tramita este acuerdo?²¹ Esa intervención judicial existirá, aunque con más importancia que la que se le da en los planes, ya que en esos se considera mínima o necesaria buscando agilizar un proceso que en estos acuerdos se expresaba tedioso y muy extenso. El primer paso en la tramitación es la solicitud de homologación judicial en los acuerdos de refinanciación, que puede llevarse a cabo tanto por acreedores como por el deudor, quienes deberán presentar esta solicitud en el Juzgado de lo Mercantil que sea el competente para una posible declaración de concurso, que en este caso aún no ha ocurrido ni se contempla que ocurra ya que todavía nos encontramos en el Derecho Preconcurso. Ese Juez competente será el mismo tanto en los acuerdos como en los planes, aquel que Juzgado de lo Mercantil que correspondiese al domicilio del deudor. Junto a esa solicitud se acompañarán unos documentos indicando todo lo necesario, que como establecimos anteriormente, tendrán muchísimos aspectos que coincidirán con esa homologación en los planes como son mismamente los informes del experto independiente si existe en los acuerdos, o el experto encargado si se nombra en los planes. Obviamente se diferenciarán en que los documentos que se entregarán junto con la solicitud de homologación en los acuerdos incluirán la información de ese tipo de acreedores, mientras que en los planes se incluirá sobre las clases de créditos que han existido y demás asuntos que veremos más adelante. Ese control de legalidad posterior a la solicitud se realizará tanto en los acuerdos de refinanciación como en los planes de reestructuración, de oficio, para conocer, y en los planes se especifica dar sus razones justificadas jurídicamente, de la competencia y de si esos documentos están adecuados a lo establecido; la diferencia más notable de percibir sería en los planes se incluye un trámite de impugnación de esa competencia del Juez ante la AP, mientras que en estos acuerdos se nos indica que será el Ministerio Fiscal quien sentara las bases de esa competencia territorial si solamente el Juez entiende por sí mismo que no es competente.

Tras terminar este control el Juez competente dictará providencia y admitirá la solicitud a trámite, estableciendo a su vez la paralización de todas las ejecuciones singulares y sobre cualquier tipo de bien, eso sí, solo hasta la homologación; asunto que en los planes también ocurre, solamente se nos habla de paralización o prohibición en su caso de las ejecuciones afectadas por un plazo de tres meses. Posteriormente, será el Letrado de la Administración

²¹ *Vid.* PULGAR EZQUERRA, Juana.: Manual de Derecho concursal. 3a ed, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, 2020, pp. 129 y ss.

de Justicia el que comunicará que la providencia llevada a cabo por el juez tras el primer control de legalidad se publicará en el RPC identificando al deudor, al juez que tiene la competencia y contendrá las fechas y los efectos del acuerdo, quedando éste disponible para que los acreedores puedan verlo y leerlo en el Juzgado Mercantil correspondiente. Esta publicación en el RPC se da de igual manera en los planes, pero con la diferencia de esa lectura se hará por medios telemáticos o en lugar que indique ese mismo Juez competente y que hayan acordado los acreedores. Los plazos establecidos para los acuerdos son completamente diferentes a los establecidos para los planes, con la existencia de una serie de alegaciones en los acuerdos, mientras que en la Ley reformada se nos establece un proceso concreto, con su respectivo plazo que veremos más adelante, para la impugnación del plan, refiriéndose con mayor frecuencia que en los acuerdos a una oposición y no a aquellas alegaciones; aunque hay que decir que ese plazo de quince días se repite en los planes para mismamente esa impugnación, como se hacía en los acuerdos para la resolución. Las respectivas publicaciones en el RPC se harán de igual manera, esa publicación el BOE será propia de los acuerdos de refinanciación homologados.

Los efectos de la homologación²² se producen desde que concurre esta, es decir, desde que el juez dicta ese auto de homologación del acuerdo, siendo los más importantes: la irrevocabilidad, la extensión que pueden tener estos y la paralización de ejecuciones de los acreedores intervinientes. Esa búsqueda de la seguridad jurídica para las partes de los acuerdos se requería como en los planes, aunque otra cosa fuera que se conseguía ya que por lo que se nos establece en la exposición de motivos de la nueva reforma de la LC de este mismo año, los planes de reestructuración están mejor preparados jurídicamente para garantizarla. Las paralizaciones de las ejecuciones en el caso de los planes no serán solo de los intervinientes, sino de los afectados por los planes, eso sí, en un momento en el proceso cumplidos esos tres meses, el Juez permite que esas ejecuciones que no vean afectadas por los planes continúen. Los acreedores y el deudor hasta pasado un año no podrán volver a solicitar la homologación del acuerdo, hecho que también ocurre en los planes y que se incluyó por medio del TRLC lo que ha permitido que los acreedores no tengan ninguna ventaja de ningún tipo sobre el deudor y que reparen en esa refinanciación o reestructuración de un único acuerdo o plan, al menos durante un año.

²² *Vid.* BROSETA PONT, Manuel, and Fernando Martínez Sanz. Manual de Derecho Mercantil. Volumen II, contratos mercantiles, derecho de los títulos valores, derecho concursal. 27a ed. a cargo de Fernando Martínez Sanz. Madrid: Tecnos, 2020, pp. 714, 715 y 716.

En estos acuerdos el auto de homologación judicial no podía rescindirse y se establece una impugnación solicitada por esos acreedores tipo, sin embargo, en los planes ese proceso de impugnación del auto de homologación estará muchísimo más concreta y establecida, y se dará un amplio margen para que ocurra esta por ello esa irrevocabilidad no está tan digamos pensada como en los acuerdos, aunque no fuese absoluta. Ese proceso limitado de impugnación en los acuerdos se llevará a cabo por el mismo Juez que realizó la homologación, en cambio en los planes se modifica todo el proceso con la intervención no solo de ese Juez que homologó el plan de reestructuración, sino que también del LAJ y de la AP. Los motivos que se pueden establecer sus razones para la impugnación son si se ha llegado a ese 51% del quorum de mayorías o si el sacrificio exigido es desproporcionado, con el plazo para la impugnación será de unos 15 días tras publicarse el acuerdo de homologación y el fallo de una sentencia en 30 días; en los planes, hay diferentes razones aunque coincide ya que mismamente ese sacrificio será interpretado de manera diferente, véase, que las clases de acreedores no sufran más perjuicio del esperado o previsto para lograr esa reestructuración y se mantendrá ese plazo de 15 días que tendrá el Juez para valorar lo que le han entregado y dar traslado, y de entonces 30 días para la sentencia de la AP, todo ello lo veremos más detallado después.

Y, por último, considero importante hablar de lo que ocurre cuando se cumple el acuerdo, ya que cuando esto pasa el acreedor adherido, afectado o interviniente que se haya personado o indicado su oposición durante el proceso podrá solicitarle al juez que ha homologado el acuerdo una declaración de incumplimiento llevado a cabo por el procedimiento del incidente concursal, y los acreedores y el deudor deberán conocer cuándo ocurre aquella solicitud; pudiéndose solicitarse la apelación de este incumplimiento. Si sale adelante el incumplimiento habrá una serie de consecuencias, por ejemplo, los acreedores podrán solicitar la declaración de concurso. En los planes ese incumplimiento se acordará por las partes, así como su rescisión, solo que al homologarse el plan no podrá darse este hecho.

4.2. Atípicos.

Son los segundos y últimos tipos de acuerdos de refinanciación que se recogían en el TRLC. No se les atribuyen ni los requisitos ni los presupuestos recogidos con anterioridad a la nueva reforma, así como tampoco poseen la protección judicial regulada, por lo que para rescindirlos debe acreditarse un perjuicio, es decir, habrá que probar que son perjudiciales ya que desde un principio se entiende que no lo son²³. Eso no les impedía someterse al mismo

²³ *Vid.* PULGAR EZQUERRA, Juana.: Manual de Derecho concursal. 3a ed, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, 2020, pp. 91.

marco jurídico que el resto de acuerdos de refinanciación, aunque no estén protegidos. Estos con la nueva reforma de la LC ya han dejado de estar vigentes y han desaparecido al completo, ni siquiera se mencionan.

5. ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

En este instituto preconcursal se destaca la esencial intervención del mediador concursal, figura que no aparece en los acuerdos de refinanciación, permitiéndonos este llegar a un pacto entre deudor y acreedores que daría lugar a un acuerdo extrajudicial de pagos. En el cual, el deudor persona física o jurídica se encuentra en una situación de insolvencia actual o inminente debido a su mala situación económica y financiera para poder evitar la declaración de concurso y que el deudor pueda continuar su actividad profesional o empresarial en el tiempo para poder salvar esa situación de insolvencia. Tanto acreedores como deudor al tratar de evitar esto pueden acudir a uno de los institutos preconcursales, como son el acuerdo de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos. En este caso hablamos de este último, ¿por qué deberían de acudir a este acuerdo extrajudicial de pagos? Al contemplar que los jueces tenían excesivo trabajo se usa este método para aliviarles del mismo, ahorrando mucho más tiempo y con la particularidad del mediador concursal, por ello en los acuerdos extrajudiciales de pagos no se requerirá la intervención de juez, hecho que, por ejemplo, sí ocurre en uno de los tipos del acuerdo de refinanciación como es el de homologación judicial; todo ello ya nos avanza por qué se les llama acuerdos extrajudiciales de pagos.

Con anterioridad hemos hablado de ese papel del juez en los acuerdos de refinanciación, pero el papel del mediador en estos acuerdos extrajudiciales de pagos es totalmente diferente y de otra índole, nada tienen que ver, además que no son la misma figura en Derecho, obviamente. La mediación en Derecho la definimos como esa búsqueda de solución de conflictos jurídicos sustentado en la autocomposición, es decir, el mediador es un tercero, quien ayuda a las partes (acreedores y deudor, en este caso) a llegar a un posible entendimiento sobre ese conflicto proponiendo soluciones y medidas de reestructuración²⁴. Sin embargo, no se queda únicamente en eso, el mediador también realiza una labor de asesoramiento del deudor en asuntos que pueden ser demasiado complicados de entender, ayuda a la hora de negociar con los acreedores... en definitiva, adquiere un papel imprescindible y principal en estos acuerdos.

Mientras que en los acuerdos de refinanciación entendíamos que eran los más idóneos para las empresas, sobre todo para aquellas más grandes, a pesar de que también podrían utilizarlos las personas físicas, en el caso de los acuerdos extrajudiciales de pagos pasa lo contrario, son los más adecuados para aquellos deudores personas físicas, o pequeñas o medianas empresas porque son normalmente los que al tener menos medios y menos

²⁴ *Vid.* PULGAR EZQUERRA, Juana.: Manual de Derecho concursal. 3a ed, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, 2020, pp. 154 y 155

conocimiento jurídico del asunto, acuden a estos acuerdos y reciben la ayuda necesaria del mediador concursal para poder llegar a tener éxito en una negociación con sus acreedores. El acuerdo extrajudicial de pagos se llevaría a cabo por medio de una propuesta que realizaría el mediador concursal, incluyendo los créditos que aún se han pagado a la fecha de la solicitud, requiriendo el permiso del deudor para comunicársela a los acreedores. Se adoptaría el acuerdo en junta de acreedores, que convocaría el mediador concursal mediante conducto notarial normalmente con fecha, día y hora y se celebraría en los dos meses siguientes a haber aceptado el mediador concursal su cargo, exigiendo la presencia del deudor y de los acreedores establecidos²⁵. Es el mediador quien tendría que asegurarse de que el acuerdo se cumpliera, pudiendo impugnarse si no se dan las mayorías necesarias que serán del 60% y del 75%, dependiendo cada porcentaje del contenido de la propuesta.

En el TRLC se recogían en el Libro Segundo, pero con la nueva reforma de la LC del 8 de julio, estos acuerdos junto con los acuerdos de refinanciación se unen para dar lugar a los planes de restructuración, quedándose el Derecho Preconcursal, pues, con una única figura y desapareciendo estos acuerdos extrajudiciales de pagos. Los cuales, por desgracia, no eran tan utilizados como en un principio se pensaba que serían, en la exposición de motivos de esta última reforma se nos relata este hecho con una pizca de decepción que podría explicar la unión de ambos acuerdos en estos planes de restructuración.

²⁵ *Vid.* PULGAR EZQUERRA, Juana.: Manual de Derecho concursal. 3a ed, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, 2020, pp. 162 y ss.

6. PLANES DE RESTRUSCTURACIÓN.

Con la nueva reforma del TRLC, de 8 julio, se nos presentan los planes de restructuración, la mayor modificación de esta materia de Derecho Preconursal desde que se regulan de manera extensa, íntegra y ordenada los acuerdos de refinanciación y de los acuerdos extrajudiciales de pagos en la Ley 38/2011, de 9 de julio, ya que aunque con el TRLC ambos acuerdos estaban más desarrollados y mejor definidos que entonces, actualmente y con esta reforma ambos acuerdos se unen, desapareciendo sus nombres y aspectos individuales, convirtiéndose entonces un solo instrumento preconursal: los planes de restructuración. Me parece llamativo a la par que acertado que pasen a llamarse de esa manera cuando a lo largo de la exposición de motivos se nos repite la necesidad de restructuración de las empresas, la cual con los acuerdos preconursales anteriores se pretendía también, sí, pero no se le daba el protagonismo legal que se le da ahora. Se pretende que las empresas puedan volverse a recuperarse tanto financiera, social como económicamente, por el daño que les haya podido suponer encontrarse en esa situación que, aunque no requería de esa situación de insolvencia inminente, como sí la requerían los acuerdos preconursales ya extintos, tendría que ser una situación financieramente mala o pobre, evidenciada por la situación de insolvencia o la probabilidad de ella, para poder acudir entonces a estos planes de restructuración y así evitar la declaración de concurso que muy posiblemente llevaría a la liquidación; todo ello de manera más ágil y sencilla. Se salvaguardará de esos acuerdos, el poder de decisión de mayoría o el quorum de los acreedores, el orden de prelación de los créditos y esa intervención judicial, aunque será menor de la que ya existía, por no decir que se pretenderá que la haya solo cuando sea entienda necesaria.

Anteriormente con ambos acuerdos, la restructuración se presumía y se entendía que al acudir a estos y al usarlos con éxito, con el tiempo llegaría la restructuración y la posterior entrega del dinero que se le había cedido al deudor, por parte de los acreedores, a través del crédito. Sin embargo, en estos planes de restructuración se busca desde el primer momento, de manera ágil, más rápida y con muchos menos problemas, que la restructuración se produzca lo más temprano posible para que la empresa pueda continuar su actividad cuando antes y pueda devolver lo que debe a sus acreedores en el menor tiempo posible; un hecho que alivia a los acreedores, con una garantía mayor de que recuperaran ese dinero, y al deudor o empresa ya que sabrá que este instrumento preconursal no lleva mucho tiempo para que funcione y no requiere que la situación de su empresa esté en esa situación de insolvencia inminente, que pueda encontrarse mal, pero no ahogada económicamente. Se basarán, pues, en una modificación de la estructura del activo y del pasivo del deudor, de sus condiciones,

de su composición, de sus fondos propios, o de todo ello en conjunto y en un mismo plan, así como puede darse un plan individualmente de uno solo de estos aspectos.

La intervención judicial en estos planes de reestructuración, que como hemos dicho antes será mínima, solo se dará en dos momentos: en la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores y la confirmación u homologación del plan de reestructuración alcanzado. Serán las partes, que serán acreedores o socios, deudor, y experto encargado si requiere así, las que acuerden el plan de reestructuración, las normas que lo regulan y las que indiquen que han de respetarse y protegerse una serie de garantías que antes hemos nombrado, entre ellas el respeto de las mayorías de los acreedores y esa protección de los acreedores disidentes. Antes hemos hablado de esa reestructuración de las empresas, y se vuelve a reafirmar su vital importancia porque se tratará que este método preconcursal se lleve a cabo de manera mucho más flexible, ya que no todas las reestructuraciones de las empresas serán iguales, por lo que habrá que tratar a cada empresa y a su situación de diferente forma; ello justifica que en estos planes de reestructuración sean las partes, los acreedores y el deudor, las que los acuerden.

6.1. Presupuestos objetivos y subjetivos. El deudor.

Hablamos de presupuestos subjetivos, recogido en el art. 583 de la nueva reforma de la LC, en lo referido a los planes de reestructuración, como las personas a las que van dirigidas este plan o, mejor dicho, aquellos deudores que pueden acogerse al mismo que pueden ser una persona tanto física como jurídica, aunque se suele nombrar con más frecuencia a una empresa o persona jurídica como deudor por el volumen de la actividad que realizan y los trabajadores que están a su cargo, como la parte que se acogerá a estos planes, pero como digo también una persona física puede serlo. Este deudor, pues, efectuará la apertura de la comunicación de las negociaciones con los acreedores para que ocurra ese plan de reestructuración, o esa fase del precurso; y también puede haber la homologación. Ni las empresas de seguros o reaseguros, ni las entidades de crédito, ni las empresas de inversión o los organismos de inversión colectiva, ni las entidades de contrapartida central, ni los depositarios centrales de valores, ni las entidades que forman parte de la organización territorial del Estado no comprenden este presupuesto subjetivo y por ende nunca podrán acogerse a un plan de reestructuración.

En cuanto al presupuesto objetivo, que se recoge en el art. 584 de la nueva reforma de la LC, nos referiremos a la posibilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual; que son las tres situaciones en las cuales puede iniciarse esa comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores y entonces darse un plan de reestructuración. Las tres las hemos definido anteriormente, pero en concreto hay que hablar de la más novedosa de ellas

que es la probabilidad de insolvencia aquella situación en la que se encontraba la empresa que no considerábamos buena, o como la más idónea, ya que, aunque se da mientras la empresa sigue siendo viable económicamente, se sabe que en dos años habrá problemas al no poder cumplir con las obligaciones establecidas hasta entonces. Por lo que con la existencia de esta probabilidad de insolvencia como presupuesto objetivo del precurso, se pretende que la empresa pueda reestructurarse mucho antes de que esa situación llegue a ocurrir y no tenga necesidad de encontrarse en una situación de insolvencia inminente, que sería la posterior a esta, o actual, que sería la última, digamos, fase en la que podría encontrarse; aunque tanto en la insolvencia inminente como en la actual pueda todavía acudir al derecho preconcursal, también podría ir a concurso de acreedores.

Cuando hablamos del deudor en el nombre de este apartado 6 del trabajo, nos referimos concretamente a la especialidad del deudor que no cumple unos mínimos, como por ejemplo las microempresas, o unos umbrales, se recoge en el Título V, Libro Segundo, de la nueva reforma de la LC. Hablamos de aquellas personas físicas o jurídicas que lleven a cabo una actividad profesional o empresarial, sin que sean consideradas microempresas, que tengan a cuarenta y nueve trabajadores a su cargo, que no ingresen más de diez millones de euros, teniendo siempre en cuenta el ejercicio anterior. Concurriendo estas circunstancias podrá darse una comunicación de inicio de negociación con los acreedores para poder obtener un plan de reestructuración, si el deudor así lo justifica en esta comunicación, ya que si no lo hace quedará sin efecto. Aun la comunicación ya realizada, el deudor podrá solicitar una declaración de concurso que ninguna de las partes podría suspender, y los efectos de esta comunicación solo podrán prorrogarse una vez, únicamente pudiendo solicitarlo el deudor. Es un régimen especial mucho es estricto y concreto, en el que el deudor es la figura principal y que toma la última decisión siempre, bajo criterios establecidos legalmente. Podrá presentarse el plan de igual manera que si fuera el adecuado para grandes y medianas empresas, sin la necesidad de una intervención notarial para certificar las mayorías; por otra parte, la solicitud de homologación del plan podrá hacerse si el deudor, o sociedad deudora en su caso, lo hubiese aprobado, así como que el deudor será quien confirme las clases de acreedores.

6.2. Régimen y homologación judicial.

Nos encontraríamos ante el Título III, del Libro Segundo, en cuanto al régimen de los planes de reestructuración, su aprobación y su homologación judicial. Se nos habla en la exposición de motivos de la nueva reforma de la LC de plan de reestructuración y no de acuerdo porque un plan, per se, puede imponerse, un acuerdo ha de pactarse. Se trata con estos planes, como

ya se ha dicho, que la intervención judicial sea mínima, y que esas negociaciones con los acreedores estén al margen de todo marco jurídico y sean tan informales como se pueda, salvo por la existencia o no del experto en la reestructuración. Se dividirá este Título III en siete capítulos, los cuales iremos comentando en adelante.

El Capítulo I, en lo referido al ámbito de aplicación este plan de reestructuración. Las medidas de reestructuración se nos irán referidas tanto a las condiciones como a la estructura del activo como del pasivo del deudor, entre otros aspectos recogidos en el art. 614. Habrá la opción de homologar un plan de reestructuración, en la que se pueda dar la venta de partes de la empresa o incluso de su totalidad, ocasionándose en ese caso los planes liquidativos que serán la opción más aceptable para las medianas y pequeñas empresas, ya que a estas concretamente no se les puede imponer un plan sin su aprobación.

El Capítulo II, en cuanto a los créditos afectados por un plan de reestructuración y cómo ocurre su valoración. Debido a lo según establecido en un plan, aquellos créditos afectados serán los que van a sufrir una modificación de sus términos o condiciones, como podría ser el cambio de fecha de vencimiento o el de sus intereses, pudiendo incluso alterarse su valor real; serán los interesados o partes del plan los que decidan si quieren que afecte a la totalidad del pasivo o solo a una parte de este, además de su cuantía y valor. Podrán ser cualquier tipo de crédito, con las excepciones: de los créditos que procedan de un contrato derivado en vigor, los créditos alimenticios que provengan de una relación cercana ya sea de familiar o cónyuge, los créditos de responsabilidad civil extracontractual y los créditos laborales. Los créditos públicos a priori se entenderán como una exclusión, solo podrán verse afectados por el plan si desde que nacieron han pasado menos de dos años hasta la presentación de la comunicación y si el acreedor ha probado que está al corriente con los organismos financieros correspondientes y no tiene deuda alguna tanto en ese momento de presentarse la comunicación como al tiempo de solicitarse la homologación judicial del plan; tiene diferentes particularidades como la de que nunca se puede reducir su importe, entre otras establecidas en el art. 616 bis, debiendo de haberse retribuido en los 18 meses siguientes a la presentación de esa comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores. También en el plan de reestructuración pueden establecerse créditos de regreso, repetición o subrogación, afectados por el mismo crédito principal. El control judicial mínimo se asegurará de afectar a un contenido muy concreto, y garantizará que se responda a criterios objetivos y justificados. Para llevar a cabo el cómputo de los créditos lo haremos de manera que cada uno se establecerá como el principal sumando todos los intereses que naciesen hasta

que se realizase la formalización del plan en instrumento público, habrá una computación específica para algunos de ellos, la cual se recogerá en el art. 617.

El Capítulo III, versara sobre cómo votarán los acreedores titulares de créditos afectados por el plan de reestructuración, ya que lo harán según sus clases y cómo se forman estas. En España ya se distinguía para clasificarlos entre si esos créditos tenían carácter financiero y una garantía real si la hubiese, pero con esta nueva reforma de la LC, que hay que recordar que aunque se deja al legislador de cada país de la UE elegir en ciertos aspectos, es en su mayoría una trasposición de una Directiva, por lo que esta manera de clasificarlos se modifica y tendríamos que atender entonces, teniendo en cuenta el interés común conforme a criterios objetivos, a los rangos crediticios concursales, es decir, que si un crédito tiene un rango concursal distinto a otro este debe separarse en otra clase; un ejemplo de esa clasificación de clases sería si son o no financieros, que podríamos definirlos como los derivados de contratos de crédito o préstamo. Mismamente los créditos de garantía real serán una clase única, los créditos de derecho público otra. Los acreedores y el deudor que representen más del 50% del pasivo afectado, podrán solicitar antes de que se produzca esa homologación del plan que el Juez competente confirme que estas clases de créditos formados para ese plan es acorde a la ley; si es así el Juez dictará providencia que se publicara en el RPC y desde entonces se establecerá, si no hay oposición de los acreedores afectados en diez días, que aquellos créditos formados no podrán usarse como razón o justificación para impugnarse la homologación del plan, haciendo de nuevo referencia a esa mínima intervención judicial.

El Capítulo IV, a cómo se realiza la aprobación del plan según las clases de créditos afectados. Se nos señala una gran novedad en cuanto a la homologación que ya conocíamos, aunque es cierto que no nos referimos al mismo instrumento preconcursal, que el plan tenga un contenido mínimo y que los acreedores afectados, véase, cuyo crédito se vea afectado, conozcan con anterioridad a la homologación la propuesta. Esta comunicación a los acreedores debe realizarse individualmente, por vía de correo electrónico o postal, a cada acreedor o por la página web de la empresa para conozca del lugar en el que se discutirá el plan de reestructuración que han escogido los acreedores legitimados, incluso puede darse que el experto encargado le pida al LAJ del juzgado competente por la homologación que solicite la publicación de un edicto en el RPC. Únicamente estos acreedores afectados, por cierto, tendrán el derecho de voto ponderado según el importe nominal de su crédito. Será aprobado el plan si en créditos afectados de una sola clase votasen a favor un 75% del importe del pasivo de esa clase, esas mayorías para la aprobación serán de un 75% en créditos de garantía real. El plan debe de formalizarse en instrumento público, hecho que tampoco

cambia respecto de lo que ocurría con los acuerdos ya en desuso, por quienes lo hayan suscrito (acreedores y deudor) junto con el certificado del experto de reestructuración, considerándose todo ello un solo documento. Los créditos sindicados tendrán su propio marco legal si se encuentran afectados por un plan de reestructuración, ello se recoge en el art. 630. Un plan de reestructuración deberá tener una serie de contenidos mínimos, y estos serían: quien es el deudor, quien es el experto encargado si existiese, cual es la situación económica del deudor y sus dificultades, el activo y el pasivo cuando se formaliza el plan, quienes son los acreedores afectados, contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que sufrirán su resolución para asegurar el plan, si el plan afecta a los derechos de los socios, quienes son los acreedores que no quedan afectados, las medidas de reestructuración que se proponen, qué condiciones son necesarias para que pueda conseguirse ese plan de reestructuración y garantizar la viabilidad de la empresa y, por último, las medidas de información y consulta con los trabajadores.

El Capítulo V, en lo referido a los presupuestos y procedimiento de la homologación judicial del plan de reestructuración. Este se divide en cinco secciones:

1ª Sección, sobre el presupuesto objetivo necesario para su homologación, ya que el deudor debe encontrarse en uno de esos tres estados de insolvencia: probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual, esta última solo si no ha existido declaración de concurso, y sus requisitos. Será necesaria esta homologación cuando se pretendan extender sus efectos a los acreedores o a clases de acreedoras que, aunque son parte, no hubieran votado a favor del plan, o cuando se pretendan la resolución de contratos para que pueda conseguirse esa reestructuración, o cuando se pretenda la protección de la financiación interina o nueva financiación que recoja el plan. El Juez podrá suspender la solicitud de un concurso presentada por el deudor, si se estuviera en negociaciones con los acreedores en un plan de reestructuración, a instancia de un informe del experto encargado si se hubiera nombrado, o de los acreedores, y si no se presenta solicitud de la homologación del plan en un mes el Juez levantará esa suspensión.

El plan de reestructuración puede homologarse por todas las clases si el deudor se encuentra en un estado de probabilidad de insolvencia, o de insolvencia inminente o de insolvencia actual buscando evadir el concurso y que la empresa continúe siendo viable, que se cumplan los requisitos de forma y de contenido, que se hubiera aprobado por todas las clases de créditos, que a todos se les considere de igual manera y que se les haya comunicado el hecho a todos los acreedores afectados. Incluso puede homologarse el plan en contra de lo deseado por una o varias clases, solo si ha sido aprobado por una mayoría simple de clases, pero con

la obligatoriedad de que entre ellos se encuentren los créditos de privilegio especial o general. El deudor deberá aprobar la homologación judicial del plan de reestructuración.

2ª Sección, donde se regula el procedimiento de homologación. Se introduce, con la pretensión de mantener esa intervención judicial en lo justo y necesario, un control de instancia de parte y de oficio para comprobar si el tribunal es competente, el cual debería ser el Juez de lo Mercantil que correspondería al deudor; teniéndose en cuenta únicamente la documentación que se ha presentado. Se tratará en todo momento de obtener un plan de reestructuración de manera razonable y de asegurar que la empresa sea viable, todo ello gracias al hacer de una mayoría de los acreedores aportando el crédito. Al homologarse el plan este gozará del principio de eficacia inmediata, y se incluirá la novedad del acceso a los registros de los actos de ejecución de ese plan de reestructuración. La solicitud de homologación de un plan podrá ser presentada ante el Juez por el deudor o por los acreedores afectados y suscritos al plan, y deberá firmarla un procurador y un abogado; se especificará un lugar para que el plan este a disposición del deudor, incluso por medios electrónicos, y de los acreedores y que tenga el permiso legal correspondiente; si hablamos de una persona jurídica será su órgano de administración el que solicite esa homologación. Se habrá de incluir en la solicitud el instrumento público en el que se haya formalizado el plan; por cierto, esa competencia del Juez puede impugnarse por declinatoria.

Cuando el Juez ya competente reciba la solicitud deberá admitirla a trámite a través de la providencia, en donde establezca las razones jurídicas de su competencia, haciendo referencia a ese novedoso control de oficio, y decretará la suspensión de las existentes y la prohibición del inicio de las ejecuciones judiciales y extrajudiciales hasta que resuelva la homologación. Será el LAJ el que posteriormente exigirá que se publique la providencia en el RPC con la decisión del Juez, incluyendo: los datos del deudor, quién es el órgano jurisdiccional competente en base a qué razones jurídicas, la fecha en la que se data la reestructuración, el número de procedimiento judicial de homologación y la publicidad del plan para los acreedores y el deudor y que de esa manera puedan acceder al mismo por medios telemáticos. Entonces el plan de reestructuración será homologado gracias al hacer del Juez, si todos esos requisitos exigidos se han cumplido según la documentación presentada, por medio de auto, en los quince días posteriores a la publicación de la providencia que supondrá que todas aquellas ejecuciones paralizadas que no se vean afectadas por el plan puedan continuar su curso; este auto de homologación del plan se publicará como la providencia en el RPC. Con el plan ya homologado todos sus efectos se extenderán a los créditos, al deudor y a los acreedores afectados, aun sin ser firme. Todos

aquellos actos de ejecución que contemple el plan se llevaran a cabo según las normas aplicables, y seguirán lo acordado en estos durante las negociaciones, mismamente los que sean inscribibles en registros públicos se inscribirán, las medidas de reestructuración deberán realizarse aplicándoles esas normas que les corresponde jurídicamente. Los titulares de los derechos de garantía real que hubieran votado en contra del plan y estuvieran en las clases de crédito en las que el voto favorable era inferior al voto contrario al plan, tendrán la opción de llevar a cabo una ejecución por la que tendrían derecho a instar la realización de los bienes o derechos gravados, en el plazo de un mes desde que se publicó este auto de homologación, es decir, que cobrarán lo que les corresponda según esos bienes o derechos gravados sin poder ser inferior a la deuda garantizada, ya que si eso pasa podrán cobrar el restante de la ejecución, comparándose con el valor de la garantía contenido en el plan, al ser mayor que esta última. Aunque hubiese acreedores que hubieran votado en contra del plan estos mantendrán sus derechos frente a terceros, los que hubiesen dado su voto favorable dependerá de lo acordado en el plan y de las normas que se aplicarían en esta.

3ª Sección, sobre la impugnación del acto de homologación. Anteriormente ya hemos comentado algo sobre la impugnación, pero aquí entraremos a desarrollarla. Tras dictar el Juez el auto favorable de homologación del plan, serán los acreedores que no hayan votado a favor del plan o disidentes, o en su caso los socios, los que por causas adicionales pedirán su impugnación, como son, que vean que el perjuicio que han sufrido es mucho mayor al necesario que han de soportar en sus créditos para hacer a la empresa viable o porque no se dan los presupuestos necesarios para su homologación. Puede darse la situación que el plan no fuese aprobado por todos los tipos de créditos de los acreedores, o socios en ese caso, habiendo de acudir a la regla de la prioridad absoluta en la que ningún acreedor puede haber aportado más de lo que debe, respetando, pues, esa clasificación de los créditos a la que hemos atendido antes y permitiendo que las negociaciones entre esas clases sean más sencillas. Sin embargo, en casos excepcionales, esta regla de prioridad absoluta no será respetada por el plan y este acudirá a créditos de rango inferior si con ello se puede salvaguardar la viabilidad de la empresa sin perjudicar a los derechos de los acreedores, haciéndose presente esa flexibilidad que se presume de los planes de reestructuración con la nueva reforma. Las razones para impugnar un plan que hubiera sido votado a favor por todas sus clases de crédito se establecerán en el art. 654, destacando una de ellas como es la que no supere la prueba de interés superior de sus acreedores, es decir, que estos se vean más perjudicados que favorecidos según lo establecido en el plan, en definitiva que una liquidación concursal les aportaría el mismo perjuicio que el propio plan, el cual no les

otorgaría ningún beneficio, por ello quieren impugnarlo; mientras que para la impugnación de un plan no hubiera sido votado a favor por todas sus clases de crédito se recogerán en el art. 655, destacando entre las varias razones de impugnación que las clases necesarias de créditos, los privilegiados mismamente, no lo hubiesen aprobado.

Será la AP la que conocerá de la impugnación de la homologación judicial, a través de un procedimiento abreviado y simple para que sea más ágil, y acompañado de una copia del auto de homologación del plan; para que sea la AP quien decida sobre la impugnación, el LAJ debe haber admitido a trámite la misma por medio de decreto en el plazo de quince días desde su publicación comunicándose al Juez que hubiese dictado el auto, quien deberá comunicar entonces a la AP las actuaciones en el plazo de cinco días. Si se ha llevado a cabo fuera de plazo, será de igual manera la AP quien tras el informe del LAJ declarará la inadmisión de la impugnación, habiendo opción a interponer un recurso de queja. En el plazo de treinta días deberá la AP dictar sentencia para resolver esa impugnación, publicándose entonces en el RPC. Aunque el plan se termine impugnando, se realizará de igual manera la inscripción en el RPC. La impugnación del plan supondrá que no existan efectos suspensivos ni efectos del plan.

4ª Sección, que regulara la contradicción previa a la homologación judicial. Antes de darse la homologación judicial del plan y en la solicitud del mismo, aquel que lo haya solicitado podrá requerir que las partes tengan la opción de oponerse; esta oposición se llevara a cabo mediante el incidente concursal, haciéndose de manera que tras la publicación de la providencia de la solicitud de homologación las partes tendrán quince días para oponerse, al llegarle al Juez toda la documentación necesaria sobre estas oposiciones y se las enviará a quien solicitó la homologación tendrá quince días para contestar, acabará por dictarse sentencia en el plazo de treinta días.

5ª Sección, al homologarse un plan de reestructuración no podrá solicitarse una nueva homologación con el mismo deudor hasta pasado un año de la solicitud de homologación de aquel plan.

El Capítulo VI, establece la protección del plan. Para que exista una protección legal del plan se han de cumplir los presupuestos de homologación de ese plan ya homologado y que se hayan dado unos créditos afectados y concretos respecto del pasivo total, de esa manera podrá conseguirse una segura financiación del plan. Es importante que nos refiramos a la nueva financiación como a la financiación interina, en cuanto a la primera la definimos como aquella, recogida en el plan de reestructuración, que se produce por un acreedor que ya no se incluía en el plan o por alguien que ni siquiera fuese acreedor si con ello se pudiese cumplir

el plan, mientras que la segunda la definimos como aquella igualmente concedida por una persona no acreedora o por un acreedor que ya no existe en el plan, si fuera necesaria y razonable de momento inmediato, durante las negociaciones con los acreedores y que de esta financiación interina dependiese la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Durante la homologación el Juez se asegurará que esa nueva financiación no es perjudicial para los acreedores y sus intereses.

El Capítulo VII, en cuanto al incumplimiento de esos planes de reestructuración. Sin haber un criterio legal a seguir para cada uno de los planes, serán las partes en cada negociación de cada plan las que acuerden cómo se dará esa rescisión, los remedios ante ella y las consecuencias que acarreará. Eso sí, una vez homologado el plan no podrá pedirse su resolución por incumplimiento. Señalar que, si el plan se incumpliese por insolvencia, cualquier persona legitimada para ello podrá solicitar que se declare un concurso.

6.3. El experto encargado.

En los ya inoperantes, acuerdos de refinanciación y acuerdo extrajudicial de pagos, existían figuras que eran necesarias, a su manera distinta cada una, para que el acuerdo se pudiese formar y, por ende, tener eficacia jurídica; en el primero de ellos teníamos la obligada figura del auditor y opcionalmente la del experto independiente, mientras que en el segundo de ellos existía la figura del mediador concursal. En los planes de reestructuración nos encontramos con una figura llamada el experto encargado, o experto en la reestructuración, que se dará cuando lo exijan las partes o cuando se crea judicialmente que procede; concretamente se establece en el Título IV, del Libro Segundo, de la más novedosa reforma de la LC.

El experto encargado podrá designarse en un plan de reestructuración si así lo piden o acuerdan las partes, es decir, de manera opcional, o si se exige de una forma preceptiva por medio del Juez al considerarlo razonablemente necesario en el momento de solicitar el deudor la prórroga y quedando suspendidas una serie de ejecuciones, lo cual sería un problema para los intereses de aquellos afectados por la suspensión, aunque este nombramiento por el juez podrá impugnarse. Si son los acreedores quienes solicitan que se nombre un experto tendrían que representar más del 50% del pasivo que quedaría afectado por el plan, asumiendo que serán ellos quienes le paguen sus honorarios al experto; puede darse el caso de que el deudor o cualquier persona que este legitimada haya solicitado la homologación de un plan, los efectos de este lleguen a una clase acreedores concreta o a socios que hubieran votado en contra. Cuando se realice la solicitud de este experto, se debe llevar también unos documentos: que razonen que el experto elegido tiene los conocimientos

especializados legalmente establecidos como son de ámbito jurídico, financiero y empresarial para serlo, que recojan la aceptación del experto del cargo y de los honorarios y junto a ellos una copia de la póliza de un seguro de responsabilidad civil vigente. Será el Juez quien nombre al experto encargado mediante auto en el plazo de dos días desde la solicitud, sabiendo de su importancia en estos planes este plazo de dos días no se cumplirá, el nombramiento y su identidad se publicará en el RPC. Puede nombrarse al experto especialmente en el momento de la solicitud del plan por los acreedores que representen más del 35% del pasivo, solicitándose al Juez junto con los documentos anteriormente establecidos y manteniéndose el mismo plazo de dos días. No interviene en el patrimonio del deudor ni en los poderes de administración, ni siquiera realiza labor alguna de supervisión; y los expertos encargados tampoco pueden ser elegidos si han mantenido una relación profesional con el deudor en los últimos dos años, ni en el caso de incompatibles según la ley en el art. 675, apartado segundo. Se podrá pedir incluso la sustitución del experto al Juez por parte de los acreedores que representen más del 50% del pasivo, en el momento de la solicitud del plan y manteniendo los mismos requisitos ya establecidos para su nombramiento.

Este experto encargado, aunque pudiendo ser una persona física o jurídica, nos recuerda más a esa figura existente en los acuerdos extrajudiciales de pagos de mediador concursal, que a la figura del experto independiente existente en los acuerdos de refinanciación, ya que busca más ayudar, aconsejar y guiar al deudor y a los acreedores para tratar de poner todo de su parte por conseguir una reestructuración, además la única labor más parecida a la de un experto independiente que tendrá será la de elaborar un informe favorable o no en ciertos asuntos, tanto al Juez como a otras figuras importantes en este proceso. Debe ejercer su deber con la diligencia propia de un profesional, tener esos conocimientos especializados de los que antes hemos nombrado en lo referido a la reestructuración y todo lo que conlleva la misma, cómo puede llevarse a cabo y demás asuntos absolutamente necesarios para el cargo, con la independencia e imparcialidad tanto del deudor y de los acreedores. El experto responderá de los daños y perjuicios que han podido causar en las partes sus diferentes deberes, teniendo esa responsabilidad civil asegurada.

7. ¿CÓMO HA AFECTADO LA CRISIS DEL COVID-19 A LA PRECONCURSALIDAD?

En todo el mundo, desde el año 2020, o incluso desde antes, se ha vivido en España un episodio extraordinario en este siglo XXI, el cual ninguno de nosotros pensamos que ocurriría jamás y que muchos solo habíamos visto en películas: una pandemia, llamada COVID-19. Se vivieron situaciones con las que nunca habíamos soñado que pudiesen ocurrirnos, se sufrieron muchos momentos duros en toda la sociedad, sin embargo, todo ello a pesar de haber transcurrido dos años ya, sigue muy presente y ni siquiera por medio de las vacunas hemos podido terminar con la pandemia. Además, ahora mismo en España seguimos sufriendo sus consecuencias, y eso que la pandemia aún sigue en nuestras vidas.

El estado de alarma entró en vigor en España el 25 de octubre de 2020 por medio del RDL 926/2020, cuya aplicación entre prórrogas fue hasta el 9 de mayo de 2021, siendo una de esas situaciones inéditas y unas de las decisiones que se tomaron en España para hacer frente al COVID-19, lo cual provocó una serie de hechos de tal importancia como fueron los encierros en casa, el toque de queda, etc. A su vez, al ser todo este proceso una sucesión de hechos, todas estas medidas llevadas a cabo dentro del marco del estado de alarma fueron para frenar la escalada del COVID-19 hasta la ansiada aparición de las vacunas, y por ende se paralizó el país en todos los ámbitos, salvo para los trabajos esenciales, como eran por ejemplo las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y los sanitarios, los cuales tuvieron que continuar yendo a realizar su trabajo. Ello tuvo consecuencias, las cuales ahora a largo plazo todavía seguimos sufriendo y que no sabremos a ciencia cierta hasta cuando lo haremos. Sin embargo, durante este tramo de dos años la situación ha sido catastrófica para muchas empresas, que ahora están empezando a recuperarse, pero que siguen sufriendo, aunque no es comparable ni mucho menos a cómo era aquel entonces con la mayoría de sus trabajadores teletrabajando, con otros tantos enfermos o incluso no teniendo los medios o la capacidad suficientes para realizar el trabajo.

Posiblemente la pandemia ha provocado que ese uso ya existente del Derecho Preconursal haya aumentado considerablemente, ya que con la crisis económica que ha surgido de ello el Estado se ha visto obligado a ayudar a las empresas para que no se declaren en concurso y con una alta probabilidad de hasta un 90%, como ya hemos establecido antes, acaben en liquidación. Es cierto que ha existido durante muchos años un llamativo uso de los RDL por parte de los diferentes Gobiernos de España, pero en esta ocasión de crisis provocada por el COVID-19, su uso estaba mayormente justificado por esa paralización que vivíamos. Existían, y no puedo decir existen por muchas de ellas han ciertamente desaparecido o

incluso están al borde hacerlo, porque seguimos sufriendo las consecuencias de esta pandemia, una gran cantidad de empresas que si el COVID-19 no hubiese aparecido hubieran seguido siendo viables sin problema alguno, pero que con esta situación han acabado en concurso o en liquidación. A lo largo de 2020 se aprobaron una serie de ayudas por medio de diferentes reales decretos como fueron el RDL 8/2020, de 17 de marzo, y el RDL 25/2020, que eran con entregas de dinero público, aunque insuficientes porque eran simplemente un parche, no servían a largo plazo teniendo en cuenta la situación que estábamos viviendo²⁶; también tenemos el RDL 16/2020, de 28 de abril, por el que se daba un plazo de seis meses desde la declaración del estado de alarma en el que el juez comunicaba al deudor todas aquellas solicitudes de incumplimiento del entonces acuerdo de refinanciación, y el deudor podrá comunicar durante ese plazo que tiene el juez de un mes, pasados esos seis meses, para admitir a trámite la solicitud, que pretende iniciar una comunicación con sus acreedores para modificar el acuerdo homologado o del acuerdo de refinanciación que pretendiese homologarse sin necesidad de que hubiera pasado un año tras otra solicitud diferente²⁷.

Con el TRLC que también hubo que regularse por medio de RDL, se incluían aspectos que sin duda hacían referencia a la situación de COVID-19 en la que el mundo se encontraba inmerso, y definitivamente daban una opción más clara, rápida y concisa a las empresas de evitar el concurso o la liquidación, a través de unos instrumentos preconcursales como eran el acuerdo de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos expresados y desarrolladas de una manera requerida, necesaria y solicitada durante muchos años por los juristas, por los empresarios y, en definitiva, por la sociedad en sí. Al mismo tiempo, se entendía que hubiera reformas en este texto legal para que se pudiera hacer frente a la situación de pandemia que se estaba viviendo.

Por desgracia, ni con la aprobación del TRLC fue suficiente y se requerían más medidas para paliar todas estas situaciones provocadas por una crisis económica, la peor desde el fin de la segunda guerra mundial²⁸, derivada de una pandemia, y también con ello tratar de ayudar a las empresas, se reguló el RDL 8/2021²⁹, de 5 de mayo, “por el que se adoptan medidas

²⁶ *Vid.* PULGAR EZQUERRA, Juana.: Manual de Derecho concursal. 3a ed, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, 2020, pp. 59 y 60.

²⁷ *Vid.* PULGAR EZQUERRA, Juana.: Manual de Derecho concursal. 3a ed, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, 2020, pp. 147 y 148.

²⁸ *Vid.* PULGAR EZQUERRA, Juana.: Manual de Derecho concursal. 3a ed, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, 2020, pp. 32 y 33.

²⁹ RDL 8/2021. BOE, 5 de mayo de 2021, núm. 107.

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-7351

urgentes en el ámbito sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-Cov-2”.

Esta última reforma de la LC, de 8 de julio de 2022, nos permite también que las herramientas para poder hacer frente a los efectos de la COVID-19 de las empresas, sigan existiendo e incluso se amplíen buscando la reestructuración de la manera más rápida posible, ya que aunque creamos que con esta nueva normalidad que estamos viviendo en la actualidad esta se ha acabado, la pandemia sigue con nosotros presente, nos afecta en todos los ámbitos por mucho que queramos mirar hacia otro lado y olvidemos lo que se produjo en 2020 y 2021 con el estado de alarma y las diversas medidas para tratar de controlarla o aminorarla antes de que apareciesen las vacunas, muchísimas empresas siguen viviendo esos efectos, ya que si no pudiesen conseguir esa reestructuración y esa supervivencia financiera necesitarían, como también se regula, una liquidación más eficiente.

8. CONCLUSIONES.

No ha sido tarea fácil reunir todos mis conocimientos jurídicos sobre el Derecho Preconursal en un solo documento, y más teniendo en cuenta la novedosa reforma de este Derecho en concreto, la cual este mismo mes de julio ha entrado en vigor, pero tampoco ha sido un trabajo extenuante a pesar de, cómo ya he establecido, la cantidad de modificaciones y leyes existentes. Sin embargo, y como primera conclusión, es una buena noticia para todos los juristas, y para los aspirantes a ello, que el Derecho no frene en su ambición de avanzar e ir unido con la sociedad a través de legislaciones acordes a la época que vivimos, pienso que en la rama preconursal todavía queda mucho por conseguir y por mejorar, porque sigue habiendo problemas para que en su mayoría las empresas y otros deudores acudan al actualmente único instrumento preconursal, para evitar ir a un concurso de acreedores que muy posiblemente termine en la liquidación de su negocio o de la empresa. Seguidamente como segunda conclusión, tras lo estudiado y leído, creo que es debido a una grandísima falta de información de que esos medios jurídicos realmente existen y pueden ayudar a la situación económica concreta, aunque a la vez pienso que hay una gran creencia de que el precurso no funciona y que solo queda la opción del concurso, como si no quedase otro remedio para evitarlo jurídicamente establecido, ya que antes existían los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos y en la actualidad nos encontramos con los planes de reestructuración.

Y esto no es real. Entonces, y ahora, podemos acordar que sabemos con certeza que existen los medios, el procedimiento y que se ha conseguido una agilidad que antes no se tenía al completo, solo hay que buscarlos y querer usarlos. Escuchar, leer y entender más sobre Derecho y los inmensos usos que podemos darle para esas situaciones complicadas, será la clave para que el precurso consiga ese protagonismo necesario y requerido por todos. Es seguro que la mejora jurídica que conllevarán las nuevas reformas y leyes provocarán que esta materia cobre la importancia que merece, y con más razón han de hacerlo debido la época de inestabilidad sanitaria, social y económica que vivimos a causa del COVID-19.

Como último aspecto, quiero incidir en que, por ahora, los planes de reestructuración nos mostrarán los cambios y lo que hay que modificar en un futuro, así como la necesidad existente por su llegada, y con el tiempo veremos en qué medida.

9. BIBLIOGRAFÍA.

BROSETA PONT, Manuel, and Fernando Martínez Sanz. *Manual de Derecho Mercantil. Volumen II, contratos mercantiles, derecho de los títulos valores, derecho concursal*. 27a ed. a cargo de Fernando Martínez Sanz. Madrid: Tecnos, 2020.

PULGAR EZQUERRA, Juana et al. *Manual de derecho concursal*. 3a ed. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2020.

RDL 8/2021. BOE, 5 de mayo de 2021, numero 107. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-7351 (Última consulta: 16 de julio de 2022)

Confilegal (España). *El 90% de las empresas que entran en concurso acaban en liquidación* (en línea). Por Carlos Berbell, a 18 de septiembre de 2021. <<https://confilegal.com/20210918-jose-miguel-tabares-vicedecano-de-los-registradores-el-90-de-las-empresas-que-entran-en-concurso-acaban-en-liquidacion/>> (Última consulta: 24 de junio de 2022)

Proyecto de Ley, de reforma del TRLC, Derecho Concursal y Preconcursal. BOCG, 14 de enero de 2022. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-84-3.PDF (Última consulta: 12 de julio de 2022)

Almacén de Derecho (España). *El precurso* (en línea). Por Daniel Rodríguez Ruiz de Villa, a 13 de agosto de 2020. Concursal, Legislación, Mercantil 1. <<https://almacenederecho.org/el-precurso>> (Última consulta: 10 de junio de 2021)

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la LC. BOE, 1 de septiembre, núm. 127. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4859> (Última consulta: 10 de junio de 2021)

CMS. Law (España): *La modificación del art. 5bis LC* (en línea). Gracia Sanz y Juan Ignacio Martínez Aguado, a 09 de junio de 2014, Madrid. <<https://cms.law/es/esp/publication/la-modificacion-del-art.-5bis-lc>> (Última consulta: 12 de julio de 2022)

El Notario del siglo XXI (España): *Crisis económica y reforma concursal. Soluciones convencionales a la insolvencia* (en línea). Fernando Olaizola, Madrid, a 25 de febrero de 2010, en una conferencia. <<https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-31/1172-crisis-economica-y-reforma-concursal-soluciones-convencionales-a-la-insolvencia-0-8278208261614859>> (Última consulta: 12 de julio 2022)

Ley 38/2011, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BOE, 10 de octubre de 2011, núm. 245. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-15938>

Libre Mercado (España): *2003-2011: Las cifras del desastre* (en línea). B. García, España, a 29 de julio de 2011. < <https://www.libremercado.com/2011-07-29/la-economia-espanola-antes-y-despues-de-zapatero-1276431131/> > (Última consulta: 4 de junio de 2021)

Real Decreto por el que se publica el CCom. BOE, 22 de agosto de 1885, núm. 289. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627> (Última consulta: 4 de junio de 2021)

LC 22/2003. BOE, 10 de julio de 2003, núm. 164. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-13813>

Real Decreto por el que se publica el CC. BOE, 24 de julio de 1989, núm. 206. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> (Última consulta: 4 de junio de 2021)

IVC (España). *Derecho preconcursal, qué y qué implica* (en línea). <<https://www.ivc.es/post/derecho-preconcursal-que-es-y-que-implica>> (Última Consulta: 1 de septiembre de 2021)