



Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Trabajo de Fin de Grado

Grado en Administración y Dirección de Empresas
(Programa de Estudios Conjuntos Derecho y ADE)

Instrumentos preconcursales: planes de reestructuración.

Presentado por:

Ana Arribas Tomé.

Tutelado por:

Ángel Marina García-Tuñón.

Valladolid, 29 de junio de 2023.

RESUMEN.

La reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, introducida por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre que responde al cumplimiento de los objetivos que marca 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*, confiere al Derecho Preconcursal un gran protagonismo. El legislador pretende potenciar los marcos de reestructuración preventiva, a los que podrán acudir los empresarios en dificultades financieras con el propósito de continuar su actividad empresarial.

Palabras clave: insolvencia, reestructuración temprana, prevención.

ABSTRACT.

The reform of the Consolidated Text of the Insolvency Law, introduced by Law 16/2022, of September 5, which responds to the objectives set by Directive (EU) 2019/1023, of the European Parliament and of the Council, of June 20, 2019, *on frameworks for preventive restructuring, debt exoneration and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and debt exoneration procedures*, gives Pre-insolvency Law a great prominence. The legislator intends to strengthen the preventive restructuring frameworks, to which entrepreneurs in financial difficulties will be able to resort in order to continue their business activity.

Keywords: insolvency, early restructuring, prevention.

ÍNDICE DE CONTENIDOS.

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. EL DENOMINADO “PRECONCURSO”.....	8
2.1. PRESUPUESTOS.....	9
2.1.1. Presupuesto subjetivo.....	9
2.1.2. Presupuesto objetivo.....	10
2.2. COMUNICACIÓN DE APERTURA DE NEGOCIACIONES.....	12
2.3. EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN.....	15
2.3.1. Efectos de la comunicación sobre la situación jurídica del deudor.....	15
2.3.2. Efecto de la comunicación sobre los créditos y garantías prestados por terceros.....	15
2.3.3. Efectos sobre los contratos.....	16
2.3.4. Efectos sobre las acciones y los procedimientos de ejecución.....	17
2.3.5. Prórroga de los efectos de la comunicación.....	18
3. LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN.....	20
3.1. CONCEPTO Y CLASES.....	20
3.1.1. Concepto.....	20
3.1.2. Clases.....	21
3.2. CRÉDITOS AFECTADOS.....	22
3.3. POSIBLE CONTENIDO DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN.....	22
3.3.1. Contenido formal del plan.....	22
3.3.2. Exigencia de escritura pública.....	23
3.4. ADOPCIÓN DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN.....	24
3.4.1. Cómputo de los créditos.....	24
3.4.2. Clasificación en clases de créditos.....	24
3.5. APROBACIÓN DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN.....	26
3.5.1. Comunicación de la propuesta.....	26
3.5.2. Derecho de voto.....	27
3.5.3. Consentimiento de los acreedores: mayorías necesarias.....	27
3.5.4. Consentimiento de los socios.....	29

3.6.	HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN. PROCEDIMIENTO Y EFICACIA DEL AUTO.....	30
3.6.1.	Requisitos.....	30
3.6.2.	Procedimiento.....	32
3.6.3.	Efectos y ejecución del plan.	34
3.6.4.	Impugnación de la homologación.	35
3.7.	INCUMPLIMIENTO DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN.	37
4.	EL EXPERTO EN REESTRUCTURACIONES.....	38
4.1.	CONCEPTO Y REQUISITOS, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES. 38	
4.1.1.	Concepto y requisitos.	38
4.1.2.	Incompatibilidades y prohibiciones.	39
4.2.	NOMBRAMIENTO, DESIGNACIÓN Y SUSTITUCIÓN DEL EXPERTO.	40
4.3.	ESTATUTO DEL EXPERTO: RETRIBUCIÓN, FUNCIONES, DEBERES Y RESPONSABILIDAD.	41
4.3.1.	Retribución.	41
4.3.2.	Funciones.....	42
4.3.3.	Deberes.....	42
4.3.4.	Responsabilidad.	43
5.	CONCLUSIONES ALCANZADAS.....	44
6.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50
6.1.	Manuales, artículos de revista e informes.....	50
6.2.	Fuentes normativas.	51

ABREVIATURAS.

TRLC	Texto Refundido de la Ley Concursal
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
UE	Unión Europea
RAJ	Registro de Auditores Judiciales y Forenses

1. INTRODUCCIÓN.

El Derecho Concursal nació, básicamente, porque los mecanismos generales que existían (y existen) desde siempre en el derecho para cobrar deudas (como la ejecución forzosa) no funcionan bien en las situaciones de insolvencia.

Estos mecanismos son eficaces si el deudor es solvente, pero si es insolvente no solo no resuelven la situación, sino que además la agravan. Dichos mecanismos descansan en el principio "*prior tempore potior iure*". Esto supone que el derecho privilegia a los acreedores diligentes, es decir, que los acreedores van a poder cobrar según el orden en el que consigan ejecutar el patrimonio del deudor; si este es suficiente para todos, no habrá problema, pero en situaciones de insolvencia lo más probable es que dicho patrimonio sea insuficiente. Por tanto, en esas situaciones habría acreedores que cobrarían (los más diligentes), y otros que no cobrarían absolutamente nada.

Además, estos sistemas clásicos conducen indefectiblemente a una desventaja o inconveniente: la liquidación de la empresa, que produce el efecto pernicioso de la destrucción del tejido empresarial, siendo un objetivo del derecho concursal que las empresas continúen en el tráfico.

En nuestro Derecho, el concurso tiene 2 soluciones: (1) puede terminar por convenio y (2) puede terminar en liquidación. De las dos soluciones, el legislador favorece a la solución del convenio debido a los inconvenientes que tiene la liquidación (pudiendo ser, quizá, una posible solución, que se apruebe una vía de liquidación más abierta).

En consecuencia, si nadie ha pedido la liquidación, se va a iniciar la fase de convenio. Y si finalmente no hubiera más remedio que liquidar la empresa, se va a tratar de favorecer la llamada enajenación de la unidad productiva (liquidar la empresa como un todo, sustituyendo la figura del empresario y manteniendo la empresa en el mercado).

Pues bien, aunque se favorezca el convenio, las estadísticas son tozudas ya que solo en torno al 6 o 7% de los concursos que se declaran en España, terminan en convenio.

En añadido, el Derecho español ha tratado en varias ocasiones de evitar el estigma que se pone a los empresarios que caen en situación de concurso de acreedores dulcificando el lenguaje, primero borrando la palabra “quiebra” y sustituyéndola por “concurso”, y ahora, reemplazando la palabra “concurso” por “insolvencia”. Sin embargo, esta dulcificación no ha sido fructífera ya que sigue existiendo ese estigma, ese temor a proyectar socialmente la sensación de insolvencia

Precisamente por estas razones, existe una nueva tendencia a considerar que los procedimientos concursales no son adecuados para resolver las situaciones de crisis económica de las empresas, y en este sentido han aparecido nuevas alternativas a los procedimientos concursales.

En definitiva, ante el fracaso de dicho procedimiento, aparece el procedimiento preconcursal y con él, los planes de reestructuración, que tratan de dar una nueva orientación al incumplimiento de las obligaciones económico-financieras, anticipándose a la situación de insolvencia.

2. EL DENOMINADO “PRECONCURSO”.

La definición de “preconcurso” en nuestro ordenamiento jurídico es doctrinal, ya que la ley no ha precisado dicho concepto. Por consiguiente, podríamos considerar que, en base a distintas fuentes doctrinales, el concurso es un mecanismo que de alguna manera permite al deudor que realiza una actividad empresarial o profesional, iniciar conversaciones con sus acreedores para alcanzar un plan de reestructuración, durante un periodo inicial de 3 meses, siendo el objetivo principal de dicho instrumento evitar llegar al concurso de acreedores.

La Directiva 2019/1023 *sobre marcos de reestructuración preventiva*, traspuesta en el ordenamiento español mediante la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, *de reforma del texto refundido de la Ley Concursal*, pone de relieve la importancia que tiene que los Estados miembros cuenten con un procedimiento de reestructuración preventiva que sea eficaz y que garantice dos cosas: (1) que empresas aparentemente viables con problemas económico-financieros puedan evitar la situación de insolvencia y optimizar el valor de los acreedores y (2) que empresas que no son viables ni se prevea que vayan a serlo, sean precavidas y no dilaten su proceso de liquidación para que así, no se vea perjudicado el valor de los acreedores. Por consiguiente, podríamos decir que el legislador comunitario a través de esta Directiva, considera a los planes de reestructuración como una alternativa al concurso.

Hasta la entrada en vigor de dicha reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC) en 2022, nuestro derecho preconcursal estaba compuesto por dos procedimientos extrajudiciales previos al concurso: (1) el acuerdo extrajudicial de pago, para el deudor de reducidas dimensiones y (2) los acuerdos de refinanciación, que eran utilizados por el deudor de grandes dimensiones. La reforma de 2022 se encarga de eliminarlos y de incorporar un único procedimiento, los planes de reestructuración.

En cualquier caso, el legislador es consciente de que en esta “situación preconcursal” pueden encontrarse problemas muy similares a los surgidos en un concurso, y, en consecuencia, establece una serie de presupuestos.

2.1. PRESUPUESTOS.

A diferencia del TRLC de 2020, la Reforma del TRLC de 2022 inicia el nuevo Libro Segundo con dos artículos relativos a los presupuestos subjetivos y objetivos del concurso antes de entrar en la comunicación de apertura de negociaciones.

2.1.1. Presupuesto subjetivo.¹

El artículo 583 de la Reforma del TRLC establece quién puede comunicar la apertura de negociaciones con los acreedores o solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración. Por tanto, podríamos decir que este presupuesto responde a la pregunta: ¿quién puede acudir a este procedimiento?

El apartado primero del presente artículo establece expresamente que será “cualquier persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional”². Esto último se trata de una novedad, ya que el TRLC de 2020 cuando regulaba los acuerdos extrajudiciales de pago, no establecía ninguna distinción entre el deudor persona física empresario o no.

Decir sin embargo que, determinadas empresas y entidades, enumeradas en el apartado 2º del precepto, quedan excluidas de este presupuesto subjetivo.

En este mismo sentido, los apartados 3º y 4º excluyen del ámbito de aplicación del presupuesto subjetivo a las entidades de derecho público y a las microempresas, respectivamente. Y establece que, las microempresas se regirán exclusivamente por el Libro tercero: procedimiento especial único, del cual hablaremos más adelante.

Por último, el apartado 5º mantiene los requisitos de garantía para la protección de los fondos recibidos de los usuarios de servicios de pago o recibidos a través de otro proveedor de servicios de pago.

¹ GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2022): *“Derecho Concursal y Preconcursal: Texto Refundido de la Ley Concursal tras la Reforma por la Ley 16/2022. TOMO II”*. Editorial Valencia: Tirant lo Blanch, pp 2229 y ss.

² Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Última actualización, publicada el 06/09/2022, en vigor a partir del 26/09/2022.

Obviamente, se eliminan las prohibiciones del artículo 634 del TRLC de 2020 que imposibilitaban al deudor solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos.

2.1.2. Presupuesto objetivo.³

El artículo 584 de la Reforma del TRLC de 2022, establece el presupuesto objetivo, considerando en el apartado 1º que la comunicación de apertura de negociaciones o la homologación de un plan de reestructuración será conveniente cuando el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual. Por tanto, este presupuesto responde a la pregunta: ¿cuándo se puede acudir a este procedimiento?

El artículo 2.2 de la Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva establece que será el derecho nacional quien defina las tres situaciones de insolvencia anteriores:

- Se considera que existe probabilidad de insolvencia⁴ *“cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años”*.⁵

Decir que, con anterioridad a la Reforma de 2022, en nuestro ordenamiento no existía esta situación de “probabilidad de insolvencia”, por eso, el apartado 2º del artículo 584 se encarga de definirla.

La probabilidad de insolvencia responde a la voluntad del legislador de querer anticipar la reestructuración de las situaciones de “insolvencia” no existentes en la actualidad, pero en las que el deudor ya afronta ciertas dificultades financieras. Se trata de emplear la reestructuración para solventar ese futuro riesgo de insolvencia, que podría, o no, llegar a afectar a la empresa⁶.

³ GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2022): *“Derecho Concursal y Preconcursal: Texto Refundido de la Ley Concursal tras la Reforma por la Ley 16/2022. TOMO II”*. Editorial Valencia: Tirant lo Blanch, pp 2231 y ss.

⁴ FACHAL NOGUER, N. (2022): *“¿Qué debemos entender por probabilidad de insolvencia a los efectos de realizar la comunicación de apertura de negociaciones o solicitar la homologación de un plan de reestructuración?”*

⁵ Artículo 584.2 de la Reforma de 2022 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

⁶ AZNAR GINER, E. (2022): *“La comunicación preconcursal de apertura de negociaciones,*

En cualquier caso, a mi parecer, considero que la definición que ofrece el legislador es contradictoria, pues pretende conciliar lo objetivo con lo previsible, refiriéndose lo primero a los hechos, a la lógica, a la certeza y lo segundo a lo presumible, a lo estimable, a lo predecible.

Lo cierto es que esa “probabilidad de insolvencia” definida de una forma tan ambigua por el legislador, se convierte en la puerta de entrada a los planes de reestructuración para aquellas empresas que atraviesan dificultades financieras no visibles actualmente pero sí previsible a plazo.

Decir igualmente que, la comunicación de apertura de negociaciones despliega sus efectos automáticamente, sin la previa comprobación judicial de estos presupuestos objetivos, por lo que resulta bastante complicado también en la práctica, solucionar el problema de la “probabilidad de insolvencia”.

En definitiva, dejar esa puerta abierta beneficia a aquellas empresas con escasas dificultades financieras, cuya solución no requiere de reestructuración alguna y que, sin embargo, pretendan acogerse a la comunicación, alegando la referida probabilidad, aprovechándose deslealmente de sus efectos y de una reestructuración que no resulta posible.

- Se considera que el deudor se encuentra en un estado de insolvencia inminente “cuando prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”⁷.
- Se considera que el deudor se encuentra en un estado de insolvencia actual “cuando no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”⁸.

En mi opinión, la insolvencia actual definida de esta forma no sé hasta qué punto permite justificar la elaboración y aprobación de un plan de reestructuración, pues de ser así, está claro que éste estaría avocado al

planes de reestructuración, insolvencia y concurso de acreedores. Adaptado y revisado conforme a la Ley 16/2002, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal” Editorial: Tirant lo Blanch, pp. 40 y ss.

⁷ Artículo 2 de la Reforma de 2022 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

⁸ Artículo 2 de la Reforma de 2022 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

fracaso.

Es importante no olvidarnos de que activar el mecanismo de reestructuración del artículo 585 TRLC afecta siempre, y de forma negativa, al patrimonio y a la actividad empresarial de las empresas. Por ello, considero que serán pocas las empresas que estando realmente en esa situación, tengan la tentación de iniciar este tipo de procesos.

Por último, decir que, bajo mi punto de vista, el legislador parece que en la realidad ha diseñado los planes de reestructuración para empresas que se encuentren en probabilidad de insolvencia únicamente ya que los planes, lógicamente, tardan un tiempo en diseñarse, planificarse y negociarse por lo que veo bastante complicado que sean válidos para empresas en insolvencia actual o inminente, aunque por supuesto, no imposible.

2.2. COMUNICACIÓN DE APERTURA DE NEGOCIACIONES.

En este apartado, nos estamos refiriendo a la solicitud del precurso. El Título II del Libro II del TRLC 2022 (artículos 585-613) se encarga de regular la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores. En este caso, se mantiene en gran medida el régimen anterior, aunque si bien es cierto, se incluyen algunas matizaciones.

El único legitimado para presentar la comunicación es el deudor o el órgano de administración del deudor persona jurídica, cuando se cumpla el presupuesto objetivo, es decir, cuando se encuentre en estado de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual.

Añadir además que el legislador, considera la posibilidad de que esta comunicación se lleve a cabo de forma conjunta⁹ (artículo 587 TRLC de 2022).

⁹ Resulta un acierto que se haya incluido esta posibilidad en la Reforma, pues el artículo 38 TRLC ya admitía la posibilidad de declaración conjunta de concurso voluntario en algunos casos.

A diferencia del TRLC de 2020 que únicamente establecía que bastaba una mera comunicación, la Reforma del TRLC de 2022, establece detalladamente el contenido para realizar la comunicación (artículo 586) y otorga al Letrado de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ) el control de legalidad. De esta manera, el deudor deberá indicar en la comunicación:

- 1) Los motivos que justifican comunicación. Es decir, las razones por las que el deudor se encuentra en una situación de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual.
- 2) El fundamento de la competencia del juzgado para conocer de la comunicación.
- 3) La relación que mantenga el deudor con los acreedores con los que haya realizado negociaciones o tenga intención de iniciarlas, así como el importe de los créditos de cada uno de ellos y el importe total de los mismos.

Podríamos preguntarnos, qué ocurre cuando el número de acreedores o el importe de los créditos cambia durante el proceso de negociaciones, pues bien, en respuesta a esto, se concede al deudor la posibilidad de comunicar al juzgado estas variaciones mientras duren los efectos de la comunicación.

- 4) Cualquier circunstancia existente o previsiblemente existente que pueda afectar al desarrollo o al buen fin de las negociaciones.
- 5) La actividad o actividades que desarrolle, el importe del activo y del pasivo, la cifra de negocios y el número de trabajadores al cierre del ejercicio inmediatamente anterior a aquel en que se presente la comunicación.
- 6) Los bienes o derechos que sean necesarios para la continuidad de su actividad.
- 7) Los contratos necesarios para continuar con su actividad.
- 8) La solicitud, si así lo desea, de nombramiento de experto de reestructuración.

- 9) La solicitud, si así lo quiere, de carácter reservado de la comunicación (no se publicará la comunicación en el Registro público concursal). Decir que, esta posibilidad ya había sido contemplada por el legislador anteriormente en los acuerdos extrajudiciales de pago.

Además, se concede al deudor la posibilidad de solicitar en cualquier momento el levantamiento de ese carácter reservado (artículo 591 TRLC 2022).

- 10) Si se pretende que el crédito público se vea afectado por el plan de reestructuración, se ordena la acreditación de mantenerse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social. Podemos observar por tanto que el legislador sigue otorgando un tratamiento privilegiado a este tipo de créditos.

El LAJ será el encargado de admitir la comunicación a trámite mediante decreto en el plazo máximo de dos días. En dicho plazo, el Letrado se debe encargar de comprobar el contenido formal de la comunicación y la competencia del juzgado. En el caso de que existan defectos, se concede un plazo de dos días al solicitante para que los subsane, y si transcurrido el plazo, los efectos no han sido subsanados, el Letrado dictará una resolución considerando la comunicación como no efectuada.

La resolución que considere efectuada la comunicación se publicará en el Registro público concursal, salvo que el deudor hubiera solicitado su carácter reservado (punto 9, visto antes).

Por último, ¿quién será competente para conocer de la comunicación de apertura de la negociación y los planes de reestructuración? el juez que resulte competente para el concurso.

2.3. EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN.

En este punto, el Capítulo II del Título II de la Reforma del TRLC de 2022 diferencia dos planos, por un lado, los efectos que produce la comunicación sobre el deudor, y, por otro lado, los efectos que produce la comunicación sobre los acreedores. Sin embargo, antes de la Reforma, el legislador únicamente se refería a los efectos sobre el deudor al tratar la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso.

2.3.1. Efectos de la comunicación sobre la situación jurídica del deudor.

Atendiendo al artículo 5 de la Directiva y al artículo 594 del TRLC de 2022, podemos decir que, la comunicación no tendrá efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición de los bienes y derecho del deudor. Y esto es así, aun cuando se nombre a un experto en reestructuración.

Por consiguiente, el deudor debe de seguir esforzándose por la viabilidad de su empresa, lo que, de alguna forma, afectará positivamente a sus propios acreedores.

2.3.2. Efecto de la comunicación sobre los créditos y garantías prestados por terceros.

El artículo 7.4 de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y el artículo 595 del TRLC de 2022, establecen que, en los créditos a plazo, la comunicación no producirá el vencimiento anticipado de los créditos, así como tampoco podrá suponer la modificación de los términos y condiciones del crédito. Por consiguiente, cualquier cláusula que prevea una modificación de los términos y condiciones del crédito, se tendrá por no puesta.

En cuanto a los efectos de las garantías, la comunicación no impide que el acreedor de crédito vencido pueda ejecutar la garantía personal o real otorgada por un tercero. Sin embargo, el apartado 3º establece como excepción que, la comunicación podrá suspender la ejecución de las garantías prestadas por cualquier otra sociedad del grupo no incluida en la comunicación si la ejecución pudiese causar la insolvencia de la garante o del deudor.

En cualquier caso, los garantes no podrán iniciar la apertura de negociaciones en perjuicio del acreedor, aunque ese acreedor sea uno de los participantes de dichas negociaciones.

2.3.3. Efectos sobre los contratos.

La sección 3ª se dedica a los efectos de la comunicación sobre los contratos. Esto supone una gran novedad de la Reforma del TRLC de 2022, pues no aparecían ni el TRLC de 2020 ni en la Ley Concursal.

El artículo 597 del TRCL de 2022, establece como principio general la vigencia de los contratos. Por tanto, la regla general es que el mero hecho de presentar la comunicación no supone la suspensión, modificación o resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

Sin embargo, el legislador ha querido ir más allá, concediendo una protección especial a los contratos de suministro de bienes, servicios o energía necesarios para la continuidad de la actividad, pues no podrán vencer anticipadamente, resolver o terminar.

Sin perjuicio de los anterior, la Reforma del TRCL de 2022, permite el vencimiento anticipado, la resolución y la terminación de los acuerdos de compensación contractual del Real Decreto-Ley 5/2005 de 11 de marzo de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública.¹⁰

¹⁰ Según el artículo 5 del citado Real Decreto 5/2005, se trata de los acuerdos de compensación contractual financieros, es decir, "operaciones financieras que se realicen en el marco de un acuerdo de compensación contractual o en relación con él, siempre que el acuerdo prevea la creación de una única obligación jurídica que abarque todas las operaciones incluidas en dicho acuerdo y en virtud de la cual, en caso de vencimiento anticipado, las partes sólo tendrán derecho a exigirse el saldo neto del producto de la liquidación de dichas operaciones"

2.3.4. Efectos sobre las acciones y los procedimientos de ejecución.

Por un lado, el artículo 600 TRLC 2022 establece la prohibición legal de iniciación de ejecuciones sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad del deudor hasta que transcurran tres meses a contar desde la comunicación. Y, por otro lado, el artículo 601 del TRLC de 2022 establece la suspensión de las ejecuciones existentes sobre bienes y derechos necesarios para la actividad durante un periodo de tres meses a contar desde la comunicación, salvo que el deudor acredite haber solicitado la prórroga.

Añadir que, el TRLC de 2022 ha suprimido el artículo 602 del Anteproyecto que protegía de alguna manera los créditos pasivos financieros evitando la suspensión de las mismas. Es por eso que, en este caso, el legislador ha sido bastante claro al hacer referencia a la suspensión de todas las ejecuciones, tanto judiciales como extrajudiciales que recaigan sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.¹¹

2.3.4.1. Excepciones y especialidades.

Aunque lo anterior sea la regla general, el legislador regula dos excepciones en el TRLC de 2022, suprimiendo la excepción relativa a los créditos de pasivos financieros aplicable a los acuerdos de refinanciación que regulaba el anterior artículo 590 del TRLC de 2020.

El legislador establece que:

- En primer lugar, el juez podrá extender la prohibición de iniciación de ejecuciones o la suspensión de las ya iniciadas sobre todos o algunos de los demás bienes o derechos, es decir, sobre los bienes o derechos que no se consideren necesarios para la continuidad de la actividad. La finalidad de esta excepción consiste en asegurar le buen fin de las negociaciones.

¹¹ FERNÁNDEZ PÉREZ N. (2018): “Los efectos de la comunicación de la apertura de negociaciones”, pp 70 y ss.

- En segundo lugar, los efectos suspensivos no serán aplicables a los procedimientos de ejecución de los acreedores públicos. Es decir, se trata de una categoría de acreedores que no se ve afectada por la ejecución de garantías singulares. La Exposición de Motivos de la Reforma del TRLC justifica dicha exclusión haciendo referencia al artículo 6.4 de la Directiva 2019/1023 de 20 de junio de 2019, considerando que esta excepción no pone en peligro a la reestructuración de la empresa.

Respecto a esto, discrepo en algunos puntos, ya que el legislador al otorgar ese tratamiento privilegiado a los acreedores públicos, establece por ejemplo que, para poder aplazar las deudas de Seguridad Social y tributarias el deudor debe de otorgar garantías suficientes, y es que esto último ahoga aún más a las empresas que se encuentren inmersas en procesos de reestructuración ya que lógicamente, va a ser difícil o imposible que puedan obtener una garantía o aval. En resumen, no sé hasta qué punto se puede justificar que el legislador excluya esos acreedores por considerar que no ponen en peligro la reestructuración de la compañía.

2.3.5. Prórroga de los efectos de la comunicación.

Antes de nada, considero necesario estudiar la duración de los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones:

- En primer lugar, la duración será de 3 meses desde la comunicación, tanto para personas físicas como para personas jurídicas.
- En segundo lugar, añadir que, en dicho plazo no se van a admitir a trámite aquellas solicitudes de concurso que hayan sido presentadas tras la comunicación. Además, en el caso de aquellas solicitudes que hubieran sido presentadas antes de la comunicación, y no hayan sido todavía admitidas a trámite, serán suspendidas.
- En tercer lugar, el artículo 606 del TRLC de 2022, establece que respecto a los créditos que legalmente no puedan quedar afectados por el plan de reestructuración, no podrán iniciarse ejecuciones o la suspensión de las ya iniciadas.

El TRLC de 2022 en el artículo 607, introduce la posibilidad de que se prorroguen los efectos de la comunicación. Podríamos entender bajo el contenido de este artículo, que la prórroga se podría solicitar en cualquier comunicación, pero esto no es así, ya que el legislador no está pensando en aplicar este instrumento ni en relación con los créditos públicos, ni con la ejecución de garantías reales, donde recordemos que expresamente estableció el plazo de tres meses (sin posibilidad por tanto de que haya prórroga).

Se regula una prórroga única que deberá ser solicitada antes de que termine el plazo de los tres meses y la duración será de otros meses desde la comunicación o la prórroga ya concedida.

En relación con la legitimación, la prórroga podrá ser solicitada tanto por el deudor como por los acreedores, pero en este segundo caso, se deberán de cumplir una serie de requisitos. Concretamente, podrá solicitar la prórroga el deudor, o los acreedores que representen más del 50% del pasivo que pueda resultar afectado por el plan de reestructuración.

Y, además, se establece una especialidad, y es que, los deudores con hasta 49 trabajadores y volumen de negocios o balance hasta 10.000.000 euros solo podrán solicitar la prórroga una vez.

En cualquier caso, el legislador admite la posibilidad de que cualquier acreedor puede solicitar ser excluido de los efectos de la prórroga si esta pudiera causarle un perjuicio injustificado.

Señalar por último que, la prórroga será objeto de inscripción en el Registro público concursal, incluso cuando la comunicación hubiera sido hecha inicialmente con carácter reservado.

3. LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN.

3.1. CONCEPTO Y CLASES.

3.1.1. Concepto.

Por un lado, tal y como nos recuerda la Exposición de Motivos del TRLC, se opta por el término “plan” en lugar de “acuerdo” no sólo porque es el utilizado por la Directiva sino porque refleja la posibilidad de imponerlo, bajo ciertas condiciones, a clases de acreedores, e incluso, a los socios del deudor (el denominado *cross-class cram-down*), de forma que se pierda el carácter consensual o contractual que sí tienen los acuerdos, tal y como veníamos diciendo.

Por otro lado, la ley ahora habla de “reestructuración” en vez de “refinanciación” para en cierta manera, reflejar el gran cambio que supone la reforma desde el punto de vista de su hipotético contenido. Frente a la refinanciación que únicamente afectaba al pasivo (y muy frecuentemente, sólo al de carácter financiero), la reestructuración implica o puede implicar medidas que afecten no solo al pasivo sino también al activo, así como a cualquier clase de reestructuración operativa (no sólo financiera, por lo tanto)¹².

El artículo 614 TRLC 2022, define a los planes de reestructuración como aquellos instrumentos que tengan por objeto *“la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo o del pasivo del deudor o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos”*¹³. Por consiguiente, a través de dichos planes, se pretende incentivar una reestructuración más temprana y, por lo tanto, con mayores probabilidades de éxito.

¹² AZNAR GINER E. y ZUBIZARRETA URCELAY V., “Reestructuraciones e insolvencia”, Tirant lo Blanch, pp. 668 y ss.

¹³ Artículo 614 de la Reforma de 2022 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

En resumen, podríamos decir que, el plan de reestructuración se caracteriza por ser un instrumento que permite evitar la declaración del concurso y que es susceptible de generar las condiciones oportunas para asegurar la viabilidad de la empresa, según explica E. GALLEGO SÁNCHEZ¹⁴.

3.1.2. Clases.

Podemos identificar dos tipos de planes de reestructuración en la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022, (planes consensuales y planes no consensuales), recogidos igualmente en la Directiva y de clara influencia anglosajona.

- (1) Planes consensuales. Aquellos que han sido aprobados por todas las clases de créditos, por el deudor y por los socios y que para que puedan ser homologados, han de cumplir los requisitos de forma y de contenido de los artículos 633 y 634 TRLC 2022 y ser suscritos por un deudor que se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o actual (presupuesto objetivo).

En resumen, son planes que deben de ofrecer una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa tanto en el corto plazo como en el medio plazo.

- (2) Planes no consensuales o forzosos. Implican la posibilidad de homologar un plan de reestructuración que no haya sido aprobado por todas las clases de acreedores, o incluso por los socios del deudor persona jurídica cuando el plan contenga medidas que requieran acuerdo de la junta. Estos planes solo se conseguirán si se produce el arrastre vertical de clases de acreedores (lo que en la terminología anglosajona se conoce como *cramdown* o *cross-class cramdown*)¹⁵.

El juez a través de la homologación controla la concurrencia de los requisitos legales para poder extender los efectos.

¹⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2022): “Derecho Concursal y Preconcursal: Texto Refundido de la Ley Concursal tras la Reforma por la Ley 16/2022. TOMO II”. Editorial Valencia: Tirant lo Blanch, p. 2285.

¹⁵ PRENDES CARRIL P. y FACHAL NOGUER N., “Comentario a la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (2023)”, p. 447.

3.2. CRÉDITOS AFECTADOS.

Se consideran créditos afectados los que, en virtud de un plan de reestructuración, sufran una modificación en sus términos o condiciones.

Como regla general, cualquier crédito puede ser afectado por el plan de reestructuración, sin embargo, existen excepciones.

Concretamente, los créditos que no pueden ser afectados por el plan de reestructuración, son: (1) créditos de alimentos derivados de una relación familiar, (2) créditos derivados de responsabilidad civil extracontractual, (3) créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección y (4) créditos futuros que nazcan de contratos de derivados que se mantengan en vigor.

Además, es imprescindible tener en cuenta que los créditos de Derecho público sí que pueden ser afectados por los planes de reestructuración, pero como era de esperar, con especialidades.

3.3. POSIBLE CONTENIDO DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN.

3.3.1. Contenido formal del plan.

El artículo 633 del TRLC de 2022¹⁶ establece el contenido formal que debe incorporarse, como mínimo, a los planes de reestructuración. Concretamente:

- (1) Identificación de las partes. Debe constar la identidad: (a) del deudor, (b) del experto encargado en la reestructuración, si hubiera sido nombrado, (c) de los acreedores afectados por el plan, identificados individualmente o descritos por clases, como veremos seguidamente, (d) de los socios que vayan a quedar afectados por el plan y (e) de los acreedores o socios que no vayan a quedar afectados por el plan, así como las razones de no afectación.
- (2) Exposición de la situación de la empresa. El plan describirá la situación económica del deudor y la situación de los trabajadores, así como las causas y el alcance de las dificultades del deudor.

¹⁶ Artículo 633 de la Reforma de 2022 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Igualmente, y como es obvio, el plan de reestructuración debe contener un inventario de los bienes y derechos que forman el activo y el pasivo del deudor en el momento de su formalización.

- (3) Contenido negocial del plan. El plan de reestructuración debe de contener las medidas de reestructuración propuestas, la duración de las mismas, los flujos de caja general el plan, las condiciones financieras del plan, la financiación interna y el pacto que el plan generará en el empleo.
- (4) El plan de viabilidad. Aunque el presente artículo no hable de ello como tal, se exige que conste la proyección de cómo las medidas contempladas en el plan permitirán al deudor evitar el concurso de acreedores y de cómo dichas medidas afectarán al ejercicio de su actividad.
- (5) Medidas previstas en el plan de reestructuración. En caso de que las hubiese, deben constar en el plan de reestructuración: (a) las medidas de índole operativo, (b) las medidas de información y consulta que de conformidad con lo dispuesto en la legislación laboral se vayan adoptar, (c) los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que en su caso, vayan a quedar resueltos en virtud del plan y (d) la acreditación de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social en el caso de que el plan afecte al crédito público.

Considero que no hay nada que objetar a esta exhaustiva enumeración, puesto que todo ello parece no solo conveniente, sino necesario.

3.3.2. Exigencia de escritura pública.

El artículo 634 del TRLC de 2022 establece la obligación de formalizar el plan de reestructuración en escritura pública por quienes lo hayan suscrito.

Será incorporado en dicha escritura la certificación del experto en reestructuraciones, o en su defecto, del auditor, en la que conste la concurrencia de las mayorías necesarias para la aprobación del plan (artículo 634.1 TRLC de 2002).

Sin duda, parece lógico el requisito de que el plan conste en instrumento público ya que la finalidad principal que se persigue con ello es que quede perfectamente acreditada la fecha, las partes que suscriben el acuerdo y el contenido del plan. Además, decir que, el dato de la fecha es de una gran importancia porque la Ley establece que para el cómputo de los créditos se atiende a la fecha de formalización del plan, tal y como vamos a ver a continuación.

3.4. ADOPCIÓN DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN.

Antes de nada, es importante tener en cuenta que los acreedores votarán el plan de reestructuración agrupados en clases con la finalidad de extender sus efectos a los acreedores disidentes de la clase en cuestión (artículo 622 del TRLC de 2022).

Los créditos afectados deben de quedar determinados y clasificados en el plan, pero estas categorías, a diferencia de lo que ocurre en el concurso, permiten la creación de subclases en función de la existencia de un interés común entre los acreedores que componen cada una de las clases.

3.4.1. Cómputo de los créditos.

El artículo 617 del TRCL establece como regla general que, a los efectos del voto de un plan de reestructuración, cada crédito se computará por el importe del mismo (el principal) más los recargos e intereses vencidos hasta la fecha de formalización del plan en instrumento público.

3.4.2. Clasificación en clases de créditos.

La Ley establece que los acreedores titulares de créditos afectados por el plan de reestructuración votarán agrupados por clases de créditos. Y el artículo 623 del TRLC 2022 señala que cada una de las clases en las se integran los créditos, debe de cumplir con la existencia de un interés común entre los créditos integrados en ella.

Pues bien, se entenderá que existe un interés común cuando se esté en presencia de créditos que ostenten el mismo rango, siendo este determinado por el orden de pago en el concurso de acreedores. Por consiguiente, los créditos de un mismo rango pueden dividirse en distintas clases si existen razones que así lo acreditan.

Tal y como se puede observar, el legislador otorga una flexibilidad considerable a las partes para crear las clases, estableciendo tan solo unos criterios mínimos:

- (1) Cuando los acreedores sean pequeñas o medianas empresas y el plan de reestructuración suponga para ellas un sacrificio superior al cincuenta por ciento del importe de su crédito, deberán constituir una clase de acreedores separada.
- (2) Los créditos con garantía real sobre bienes del deudor, constituirán una clase única, salvo que la heterogeneidad de los bienes o derechos gravados justifique su separación en dos o más clases.
- (3) Los créditos de derecho público constituirán una clase separada entre las clases de su mismo rango concursal.

Por último, decir que, es necesaria la confirmación judicial de la correcta formación de las clases de acreedores con carácter previo a la solicitud de homologación del plan y que ésta puede ser solicitada por el deudor y por los acreedores que representen más del 50% del pasivo que vaya a quedar afectado.

Añadir que, la confirmación facultativa de las clases de acreedores solo puede ser solicitada por el deudor en empresas de hasta 49 trabajadores y volumen de negocio anual o balance de hasta 10.000.000 euros.

3.5. APROBACIÓN DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN.

3.5.1. Comunicación de la propuesta.

La ley no establece quien es competente para la elaboración de la propuesta y aunque en la práctica, lo más probable es que sea el deudor quien la elabore, nada impide que alguno de los acreedores pueda hacerlo. De hecho, el propio artículo 637 TRLC de 2022 establece esta posibilidad.

En cualquier caso, una vez elaborada la propuesta del plan de reestructuración, esta debe de ser comunicada a todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados.

El artículo 627 del TRLC de 2022 establece diferentes vías para poder hacerlo:

- (1) Individual, por vía postal o electrónica, como primera opción. Es decir, siempre que se pueda, se hará por esta vía.
- (2) En el caso de que la vía anterior no fuera posible por desconocerse su identidad o dirección, se hará mediante anuncio en la web de la sociedad, como segunda opción.
- (3) Si tras estas dos opciones no hubiera sido posible la comunicación, el experto en reestructuración, si lo hubiera, o la persona que vaya a pedir la homologación, podrá solicitar el auxilio judicial al LAJ para que lo publique por edicto en el Registro Público Concursal¹⁷.

Para los dos últimos casos, es necesario indicar en dichas comunicaciones, el lugar donde los acreedores que acrediten legitimación puedan examinar el contenido del plan.

Igualmente, la norma hace una distinción para dos acreedores especiales:

- (1) Para el supuesto de los acreedores públicos, la comunicación se hará mediante la sede electrónica de cada entidad.

Nos encontramos de nuevo con un trato diferente hacia el acreedor con la finalidad de proteger dicho crédito frente a cualquier actuación de los tribunales de justicia.

¹⁷ AZNAR GINER E. y ZUBIZARRETA URCELAY V., “Reestructuraciones e insolvencia”, Tirant lo Blanch, op., cit. p. 795.

(2) Para el supuesto de que existan acreedores vinculados por un pacto de sindicación, se aplicarán las reglas contractuales sobre comunicación del deudor con los acreedores, si las hubiera.

3.5.2. Derecho de voto.

El artículo 628 del TRLC reconoce el principio fundamental de que todos los acreedores afectados tiene derecho de voto ponderado según el importe nominal de su crédito.

A diferencia de la Directiva UE 2019/1023, el legislador español no ha establecido un procedimiento formal para ejercer el derecho de voto. Sin embargo, ha dedicado el artículo 631 del TRLC de 2022 a una de las cuestiones más complejas, que es la posición de los socios de la sociedad deudora cuando el plan de reestructuración afecta a sus derechos, lo cual se estudiará detalladamente más adelante.

En otro orden de cosas, señalar que, para el supuesto de que existan créditos con garantía personal o real de tercero, la legitimación para ejercitar el derecho de voto, corresponde al acreedor principal¹⁸.

3.5.3. Consentimiento de los acreedores: mayorías necesarias.

No se exige la unanimidad para aprobar el plan ni para obtener la homologación, sino que el legislador establece la regla de la mayoría, lo que, a mi parecer, acelera de alguna forma la consecución de los acuerdos y previene un posible bloqueo de la mayoría.

El artículo 629 del TRLC de 2022 impone que el plan de reestructuración sea votado por cada clase y exige que concurra una mayoría de dos tercios del importe del pasivo de cada clase para su adopción.

¹⁸ AZNAR GINER E. y ZUBIZARRETA URCELAY V., “Reestructuraciones e insolvencia”, Tirant lo Blanch, op. cit, p. 797.

Sin embargo, dicho artículo incorpora una excepción a la regla analizada pues exige una mayoría de tres cuartos del pasivo para la clase relativa a los créditos asegurados con garantía real¹⁹.

Podemos decir por tanto que, el plan de reestructuración ha de aprobarse por clases y tendrá efectos por clases, siendo requisito el voto a favor de una mayoría cualificada del pasivo. En estos casos se produciría el llamado arrastre de acreedores intraclase o arrastre horizontal pues si se consigue el voto favorable de la mayoría del pasivo de una clase, se considera que el plan ha sido apoyado por toda esa clase de acreedores, incluidos por tanto los acreedores disidentes de esa clase -con todo lo que ello conlleva-.

Es posible incluso la aprobación del plan con alguna clase de acreedores en contra, lo que hasta ahora veníamos denominando como *cross-class cram-down*, pero que también se conoce como arrastre de clases vertical o interclases. Este arrastre es considerado por algunos autores como una de las novedades más importantes frente a los planes de refinanciación derogados²⁰.

En cualquier caso, este arrastre será posible siempre y cuando: (1) haya sido aprobado por una mayoría de clases (es decir, que haya más clases que hayan votado a favor que clases que hayan votado en contra), de entre las cuales, al menos una de ellas tiene que ser una clase de créditos con privilegio especial o privilegio general²¹ o (2) cuando una categoría de acreedores *in the money*²²

¹⁹ GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2022): “Derecho Concursal y Preconcursal: Texto Refundido de la Ley Concursal tras la Reforma por la Ley 16/2022. TOMO II”. Editorial Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 2303 y 2301.

²⁰ PRENDES CARRIL P. y FACHAL NOGUER N., “Comentario a la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (2023), p. 446.

²¹ Sería necesaria una mayoría simple sin necesidad de determinar el valor del deudor como empresa en funcionamiento, estableciéndose una segunda posibilidad de aprobación para el caso de que no se logre esa mayoría.

²² GELI FERNÁNDEZ-PEÑAFLORES, E. y ARLABÁN GABEIRAS, B. (2022): “Los planes de reestructuración”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez (ISSN: 1578-956X). Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8154/documento/art02.pdf?id=13116&forceDownload=true>

Se trata de una clase de créditos que se caracteriza porque puede razonablemente presumirse que ha recibido algún pago tras una valoración del deudor como empresa en funcionamiento. El legislador se acoge al principio de que “a alguien le tiene que gustar el plan”, lo que quiere decir que, para que se pueda producir el arrastre vertical del plan, se exige de alguna manera que este sea apoyado por una categoría que aunque fuera a cobrar algo en la liquidación siga prefiriendo el plan al concurso.

hubiera votado a favor del plan.

Sin embargo, cabe señalar respecto a esto último que, el legislador establece un conjunto de normas con la finalidad de proteger a los acreedores que forman parte de estas clases arrastradas. Por ejemplo, considera que, cuando estemos ante una situación como esta en la que no se haya obtenido el voto favorable de todas las clases de acreedores, éstas no podrán recibir de cualquier otra clase del mismo rango un trato desfavorable.

3.5.4. Consentimiento de los socios.

El plan de reestructuración puede conllevar medidas tales como: (a) ampliaciones de capital, (b) conversión de deuda en capital, (c) modificaciones estructurales y (d) disposición de activos esenciales, que requieren el consentimiento de los socios.

Por esta razón, se reconoce el derecho de voto de los socios cuando el plan de reestructuración afecta a sus derechos. A estos efectos, el legislador respeta que la voluntad de los socios se conforme bajo las reglas aplicables al tipo social correspondiente (artículo 631 TRLC 2022), eso sí, establece ciertas especialidades con la finalidad de agilizar el proceso y facilitar la consecución de un acuerdo favorable al plan.

- (1) Si hay acuerdo favorable a la aprobación del plan (plan consensuado), los socios mayoritarios que votan a favor del plan, imponen su decisión a los minoritarios, conservando estos últimos sus respectivos derechos de impugnación.
- (2) Si los socios no votan a favor del plan, se introduce la posibilidad de que el plan pueda resultar aprobado, porque así lo hayan decidido los acreedores. Esto último supone una gran novedad de la reforma, donde, como se puede observar, el legislador está primando el interés general de los acreedores y la viabilidad de la empresa frente a la voluntad de los socios.

3.6. HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN. PROCEDIMIENTO Y EFICACIA DEL AUTO.

El Capítulo V del Título III lleva por título “*De la homologación de los planes de reestructuración*”, regulando en la sección 1ª las reglas generales de la homologación y en la sección 2ª el procedimiento de homologación en sí.

La homologación judicial debe ser entendida como “*una sanción judicial que permite extender los efectos pactados a través del plan de reestructuración al resto de acreedores que no suscribieron el plan*”²³.

3.6.1. Requisitos.

Señalar en primer lugar que, la homologación judicial del plan no es necesaria en todo caso, sino que el legislador solo la exige cuando el deudor o los acreedores busquen producir ciertos efectos. Concretamente el artículo 635 TRCL 2022, señala que dicha homologación será necesaria en los siguientes casos:

- 1) Cuando se pretenda extender sus efectos a acreedores o clases de acreedores, al deudor o, en su caso, a los socios, que no hubieran votado a favor del plan.
- 2) Cuando se pretenda la resolución de contratos en interés de la reestructuración.
- 3) Cuando se pretenda proteger la financiación interina y la nueva financiación que prevea el plan, así como los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de este frente al ejercicio de las acciones rescisorias.

²³ GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2022): “*Derecho Concursal y Preconcursal: Texto Refundido de la Ley Concursal tras la Reforma por la Ley 16/2022. TOMO II*”. Editorial Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 2308 y 2309.

En cualquier caso, los requisitos que debe de reunir un plan de reestructuración para su homologación son:

- 1) Acreditar que el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia actual o insolvencia inminente (es decir, que se cumpla el presupuesto objetivo) y que el plan suponga una vía razonable para evitar la declaración de concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo.

Añadir sin embargo que, el artículo 636 TRLC 2022, permite la homologación de cualquier plan de reestructuración siempre y cuando no se haya solicitado la declaración de concurso necesario. Esto quiere decir que, cuando el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual y algún acreedor haya solicitado la declaración de concurso, no puede proceder la homologación.

- 2) Acreditar que el plan cumple con los requisitos de contenido y de forma.
- 3) Que haya sido aprobado por todas las clases.
- 4) Que los créditos dentro de las clases hayan sido tratados de forma paritaria.
- 5) Que haya sido comunicado a todos los acreedores conforme a lo establecido por la Ley.

En este sentido, cuando los planes reúnan estas exigencias, se puede pasar a la segunda fase, la habilitación, y cuando esta fase concluya, será cuando finalice el procedimiento.

3.6.2. Procedimiento.

3.6.2.1. Competencia y solicitud de homologación.

El proceso de homologación se inicia con la solicitud de cualquiera de las partes al juzgado mercantil competente para conocer el hipotético concurso.

Tal y como se puede observar, se otorga legitimación activa tanto al deudor como a cualquiera de los acreedores firmantes. Además, se establece que podrán ser tanto personas físicas como personas jurídicas, siendo en este último caso la competencia del órgano de administración para solicitar el plan de reestructuración.

Descartamos, por tanto, la posibilidad de que un consumidor que presta una actividad por cuenta ajena pueda acceder a estos planes y obtener una homologación. Añadir que, la Sentencia del Juzgado Mercantil nº7 de Barcelona de 13 de abril de 2016 ya se pronunció en estos términos bajo la regulación anterior.

En cualquier caso, dicha solicitud deberá de ir acompañada de una copia íntegra de la escritura en la que se estableció el acuerdo correspondiente e igualmente, deberá de ir firmada por procurador y abogado.

3.6.2.2. Admisión a trámite y publicación de la providencia de admisión.

Recibida la solicitud y examinada por el juez, éste deberá decidir sobre su competencia:

- a) Si se considera competente, deberá dictar providencia, razonando su competencia sobre el asunto desde el punto de vista territorial.
- b) Si se considera incompetente, deberá dar audiencia al solicitante y al ministerio fiscal y seguidamente, resolver mediante auto. Decir que, frente a dicho auto se podrá interponer recurso de apelación.

Respecto a los efectos de la admisión a trámite, el artículo 644 TRLC 2022 dispone que en la misma providencia se acordará la prohibición de iniciar o continuar ejecuciones judiciales o extrajudiciales hasta la resolución de homologación.

Añadir que, dicho precepto no menciona al crédito público por lo que el legislador parece no excluirlo de la suspensión de las ejecuciones, a diferencia de lo que ocurría, tal y como veíamos, en la comunicación de negociación con los acreedores, donde sí se excluía de la suspensión de ejecuciones a los créditos públicos.

Tras la admisión del juez mediante providencia, el LAJ del juzgado competente, ordenará la publicación de la providencia en el Registro Público Concursal.

Una vez solicitada la homologación y resueltas las posibles cuestiones que se pueden plantear, o no, relativas a la competencia, el Juez dictará auto de homologación, salvo que exista un incumplimiento manifiesto de la regulación.

Por último, añadir que, el artículo 664 TRLC 2022 impide la presentación de la solicitud de homologación cuando en el año anterior se hubiera presentado ya la solicitud de homologación de un plan respecto del mismo deudor. En definitiva, el legislador impide de alguna manera que exista una negociación continua de planes que se vayan sustituyendo los unos a los otros. En otras palabras, una vez se haya homologado un determinado plan no se permite una continua modificación del mismo ya que se considera que dicho plan tiene vocación de permanencia.

3.6.2.3. Auto de homologación.

Dentro de los 15 días siguientes a la publicación de la providencia de admisión a trámite de la solicitud en el Registro Público Concursal, el juez, mediante auto, homologará el plan de reestructuración. Se trata de una homologación preceptiva salvo que como hemos dicho, de la documentación presentada se deduzca manifiestamente que no se cumplen los requisitos exigidos en los artículos 635 a 640 TRLC 2022.

Es importante que el informe del experto en la reestructuración acompañe a la solicitud de homologación, en los casos en los que este hubiera sido nombrado y, especialmente, en los planes donde no hay conformidad de todas las clases. En ambos casos, el citado informe tendrá especial relevancia para el juez a la hora de valorar la admisión de la solicitud en el primer caso, y la homologación en el segundo caso.

Finalmente, el artículo 648 TRLC 2022 establece que el auto se mandará publicar de inmediato en el Registro Público Concursal. Sin embargo, éste generará los efectos previstos en la Ley desde el día de su emisión, sin necesidad por tanto de esperar a su firmeza, ni a la publicación del mismo.

3.6.3. Efectos y ejecución del plan.

El artículo 649 TRCL 2022 establece que, una vez homologado, los efectos del plan de reestructuración se extienden en ese mismo momento a todos los acreedores afectados, al propio deudor y, si fuera sociedad, a sus socios, aunque el auto no sea todavía firme.

Una vez homologado el plan, nadie puede solicitar la resolución del mismo, salvo que en el propio plan se hubiera previsto. Sin embargo, como excepción a esa regla general se establece que los acreedores públicos sí pueden instar la resolución parcial en cuanto a los créditos públicos.

En cualquier caso, tal y como hemos visto, la homologación del plan es fundamental para desplegar los efectos pertinentes a los socios en los casos en que, estando la sociedad en situación de insolvencia actual o inminente, hayan votado en contra del acuerdo de aprobación del plan. Igualmente, es importante destacar que, el legislador como es consciente de las dificultades prácticas que puedan llegar a plantearse, no se queda ahí y establece una serie de disposiciones adicionales encaminadas a facilitar la ejecución del plan de reestructuración.

En primer lugar, prevé expresamente que el Juez es quien se encargará de validar la legalidad procedimental y sustancial de las operaciones societarias previstas. Decir que, esto supone de alguna manera, una garantía para los socios, acreedores y terceros afectados por las operaciones societarias en cuestión. Por consiguiente, tal y como se puede comprobar, de alguna manera, se está reduciendo la calificación registral a un análisis puramente formal.

En segundo lugar, el artículo 650 TRLC 2022 contiene una batería de medidas de ejecución del plan de reestructuración. Dicho precepto establece que los actos de ejecución del plan que sean inscribibles en los registros públicos se inscribirán en estos conforme a la legislación que les sea aplicable, pero a seguidamente añade que *“cuando el plan contuviera medidas que requirieran acuerdo de junta o asamblea de socios y estas no las hubiera acordado, los administradores de la sociedad y, si no lo hicieren, quien designe el juez a propuesta de cualquier acreedor legitimado, tendrán las facultades precisas para llevar a cabo los actos necesarios para su ejecución, así como para las modificaciones estatutarias que sean precisas. En estos casos, el auto de homologación será título suficiente para la inscripción en el Registro mercantil de las modificaciones estatutarias contenidas en el plan de reestructuración”²⁴.*

A mi parecer, el ámbito de calificación de los registradores mercantiles se reduce considerablemente e igualmente, se habilita de forma muy extensa a la persona nombrada por el Juez para realizar todos los actos pertinentes para que el plan sea exitoso.

3.6.4. Impugnación de la homologación.

La nueva regulación establece dos posibles vías para resolver las controversias sobre el plan de reestructuración: (a) una vía previa de oposición a la homologación ante el juez que deba homologar el plan y (b) una vía posterior a la homologación, de impugnación de la misma, ante la Audiencia Provincial correspondiente. Como la norma no dice nada al respecto, considero que el hecho de acudir a la primera vía, es decir, al trámite de oposición, no impide que el plan no pueda ser objeto de impugnación.

En cualquier caso, la impugnación se caracteriza por ser un filtro a posteriori que, con carácter general, va a poder ser utilizado por cualquier persona que se haya visto afectada por el plan y que, sin embargo, no hubiera votado a favor del mismo.

²⁴ Artículo 650 de la Reforma de 2022 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Debemos entender el término “afectada” en un sentido restrictivo, como sinónimo de modificada, ya que, si no, estaríamos incluyendo a todos los créditos a cargo del deudor porque todos ellos se ven de alguna manera afectados por la adopción del plan de reestructuración.

Decir que, según lo que establece el artículo 660 TRCL 2022, la mera impugnación no causa efectos suspensivos respecto de la vigencia del plan de reestructuración.

Los motivos de impugnación varían según los supuestos: (1) plan aprobado por todas las clases de créditos, (2) plan no aprobado por todas las clases de créditos, (3) plan no aprobado por los socios y (4) impugnación de la resolución de los contratos.

El artículo 659 TRLC 2022 establece que la impugnación se tramitará conforme a los cauces del incidente concursal e igualmente considera que todas las impugnaciones que afecten a un mismo plan se tramitarán de forma conjunta, con un único expediente y una única sentencia.

Una vez presentada la impugnación, el LAJ tendrá que analizar si se ha interpuesto en tiempo y de ser así, los trasladará al resto de acreedores afectados y al deudor para que puedan formular oposición a la impugnación. Igualmente, se encargará de comunicar la impugnación al juzgado para que este remita todas las actuaciones a la Audiencia Provincial.

El incidente se resolverá mediante sentencia que se dictará en el plazo de 30 días contados desde el momento en que finalizó la tramitación del incidente de impugnación, que no será recurrible y deberá publicitarse por los mismos cauces que el plan de reestructuración homologado.

En cuanto a los efectos de la impugnación de la homologación, el artículo 661 TRLC 2022 establece que la sentencia estimatoria declarará que los efectos del plan no se extenderán a quien hubiera solicitado la impugnación, es decir, al acreedor solicitante, sí extendiéndose por tanto frente a los demás acreedores y socios. Bajo mi punto de vista, esto último puede ser cuestionable y criticable, porque entonces, un plan manifiestamente ilegal, así declarado en sentencia, podría mantener su vigencia para otros acreedores.

El legislador trata de eliminar las deficiencias del citado artículo, estableciendo que la sentencia estimatoria por falta de mayorías necesarias o formación defectuosa de clases, declarará la ineficacia del plan.

En cualquier caso, parece que la sentencia no afectará a los derechos de los terceros adquirentes de buena fe.

Por último, considero oportuno realizar una apreciación sobre este punto, pues me parece criticable el reducido alcance de este mecanismo de impugnación. Puedo llegar a entender que este filtro se realice a posteriori de la homologación del plan, pero no que sea el único filtro a posteriori pues no hay forma de apelar la resolución dictada por la Audiencia Provincial. En definitiva, me resulta difícil justificar este mecanismo tal y como está regulado.

3.7. INCUMPLIMIENTO DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN.

El artículo 671 TRLC 2022, a diferencia de la anterior regulación de los acuerdos de refinanciación, considera que ya no es necesario solicitar la declaración de incumplimiento, de tal manera que, cuando el incumplimiento del plan se deba a la situación de insolvencia, cualquier legitimado podrá solicitar directamente la declaración de concurso.

De la misma manera, se regulan de forma totalmente distinta los efectos que el incumplimiento tiene sobre el mecanismo preconcursal. Dicho artículo establece que, no se podrá pedir la resolución del plan de reestructuración por incumplimiento, ni la desaparición de los efectos extintivos o novatorios de los créditos afectados, salvo que el propio plan lo previese.

No obstante, el legislador en esta materia, vuelve a otorgar un trato diferenciado en favor de las administraciones públicas, pues considera que los acreedores públicos sí podrán instar la resolución del plan en lo que a ellos atañe por incumplimiento de las obligaciones de pago a cargo del deudor. Señala además que, el incumplimiento en este caso, no solo tendrá lugar por la falta de pago de las obligaciones recogidas en el plan, sino por la falta de pago de las nuevas obligaciones tributarias o relativas a la seguridad social que se puedan generar.

4. EL EXPERTO EN REESTRUCTURACIONES.

4.1. CONCEPTO Y REQUISITOS, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES.

4.1.1. Concepto y requisitos.

El experto en reestructuraciones (en adelante, experto) es una figura novedosa en el Derecho español, que tiene causa inmediata de la Directiva UE 2019/1023. Su regulación se contiene en los artículos 672 a 681 que conforman el Título IV del Libro Segundo del TRLC 2022.

“El experto se configura como un profesional que debe facilitar la adopción del plan de reestructuración”²⁵.

En cuanto a las condiciones que debe reunir el experto, el artículo 647 del TRLC 2022 establece que debe ser *“una persona natural o jurídica, española o extranjera, que tenga los conocimientos especializados, jurídicos, financieros y empresariales y la experiencia necesaria en materia de reestructuraciones o que acredite cumplir los requisitos para ser administrador concursal”²⁶.*

Tal y como se puede comprobar, la Ley no se limita a autorizar el acceso al cargo de experto a los nacionales de la Unión Europea, como hubiera sido lo más lógico²⁷, sino que deja la puerta abierta a personas de cualquier nacionalidad, lo que, bajo mi punto de vista, es sin duda una llamada a firmas del Reino Unido o norteamericanas.

De la utilización por parte del legislador de la conjunción disyuntiva “o”, podemos considerar que existen dos posibilidades para ocupar el cargo del experto: (1) ser un especialista en materia jurídico empresarial con conocimientos específicos en materia de reestructuración y (2) reunir los requisitos para ser administrador concursal (decir que, esta segunda posibilidad fue incluida en la fase final de la tramitación legislativa).

²⁵ GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2022): *“Derecho Concursal y Preconcursal: Texto Refundido de la Ley Concursal tras la Reforma por la Ley 16/2022. TOMO II”*. Editorial Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 2327 y 2328.

²⁶ Artículo 674 de la Reforma de 2022 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

²⁷ AZNAR GINER E. y ZUBIZARRETA URCELAY V., *“Reestructuraciones e insolvencia”*, Tirant lo Blanch, op. cit, p. 874.

Tal y como se puede observar, la Ley reconoce al administrador concursal como experto sin que ello signifique que todo experto deba cumplir con los requisitos de administrador concursal, por eso utiliza la conjunción disyuntiva “o” a diferencia de lo que significa la copulativa “y”. Se podría llegar a pensar que ese añadido no aporta nada nuevo porque una persona con los requisitos para ser administrador cumpliría con los requisitos para ser experto. Sin embargo, en verdad, dicho añadido sí que resulta relevante ya que los requisitos para ser administrador concursal son distintos de los que se requieren para ser experto²⁸.

En relación con la primera vía, el legislador deja abierto el abanico de los profesionales que podrían ejercer dichas funciones ya que no exige una determinada titulación académica ni ejercer una concreta profesión, simplemente tener conocimiento en el ámbito jurídico, empresarial y de las reestructuraciones.

En relación con la segunda vía, conviene aclarar que el legislador no exige que la persona en cuestión sea administrador concursal, sino que esté en condiciones de serlo.

4.1.2. Incompatibilidades y prohibiciones.

El artículo 675 TRLC 2022 no diferencia las incompatibilidades de las prohibiciones, pues establece un único listado. Concretamente establece que, no puede proponerse ni nombrarse a:

- 1) Quienes hayan prestado servicios profesionales relacionados con la reestructuración al deudor o a personas especialmente relacionadas con esta en los últimos dos años, salvo que se prestaran como consecuencia de haber sido nombrado experto en una reestructuración previa.

Me llama la atención que, como se puede observar, esta incompatibilidad afecta únicamente a los profesionales que hubieran prestado tales servicios al deudor, pero no para algunos acreedores. Además, a mi parecer, que el legislador se refiera a “*servicios relacionados con la reestructuración*” puede generar casos fronterizos o dudosos.

²⁸ PRENDES CARRIL P. y FACHAL NOGUER N. (2023): “Comentario a la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal”, p. 509.

- 2) Quienes se encuentren en alguna de las situaciones de incompatibilidad previstas en la legislación en materia de auditoría de cuentas en relación con el deudor o las personas especialmente relacionadas con estas.

4.2. NOMBRAMIENTO, DESIGNACIÓN Y SUSTITUCIÓN DEL EXPERTO.

En primer lugar, se debe tener en cuenta, como ya dijimos anteriormente que, la intervención del experto no siempre es preceptiva, de forma que es perfectamente posible que una reestructuración se desarrolle por completo sin la presencia de este.

El artículo 672 TRLC 2022 establece que el nombramiento obligatorio del experto procederá en 4 casos:

- (a) Cuando lo soliciten acreedores que representen al menos el 50% del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración.
- (b) Cuando el juez considere que el nombramiento es necesario para salvaguardar el interés de los posibles afectados por la suspensión.
- (c) Cuando el deudor o cualquier legitimado solicite la homologación judicial de un plan de reestructuración cuyos efectos se extiendan a una clase de acreedores o socios que no hubieran votado a favor del plan.
- (d) Supuesto especial: cuando los acreedores representen al menos el 35% del pasivo podrán solicitarlo justificando la necesidad.

No dice nada al respecto el legislador, pero podemos entender que la persona que solicite su presencia, será quien se encargue de seleccionarlo. Por lo tanto, la designación corresponde a las partes, bien al deudor, o bien a los acreedores, los cuales lógicamente tendrán en cuenta factores que ellos mismos consideren relevantes a la hora de elegir al experto (por ejemplo, su disponibilidad, su experiencia...).

Una vez ha sido designado el experto por las partes, el Juez procederá a su nombramiento. Y por consiguiente si este considera que el experto no reúne las condiciones exigidas por la Ley, podrá denegar su designación.

En cualquier caso, añadir que, como veremos más adelante, ha de tenerse en cuenta que la reforma también contempla que pueden hacerse nombramientos ad hoc o puntuales del experto, tal y como establece el Libro Tercero referido al Procedimiento especial para microempresas.

Finalmente, el legislador en el artículo 678 TRLC 2022, configura un mecanismo de sustitución del experto independiente, en virtud del cual, los acreedores que representen al menos el 50% del crédito afectado por el plan, podrán pedir al juez la sustitución del experto, con independencia de la persona que solicitó su nombramiento. Decir que, esto último ha sido criticado por gran parte de los autores, pues de alguna manera, se puede ver comprometida la imparcialidad del experto por la posibilidad de que los acreedores, sin contar con el deudor, puedan imponer la sustitución del experto. Es decir, el experto se podría ver condicionado por la amenaza de sustitución por parte de los acreedores²⁹.

4.3. ESTATUTO DEL EXPERTO: RETRIBUCIÓN, FUNCIONES, DEBERES Y RESPONSABILIDAD.

4.3.1. Retribución.

Será la parte que solicite el nombramiento del experto, quien deba asumir el pago de la retribución, salvo que en el plan de reestructuración homologado se diga de forma expresa otra cosa. Tal y como se puede observar, el legislador liberaliza no solo la designación del experto, sino que además concede también libertad para que las partes sean quienes se encarguen de fijar la retribución.

²⁹ MARTÍNEZ SANZ, F.: “Aproximación al experto en reestructuraciones en el proyecto de Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal”, en Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones, núm. 6, julio 2022, pp. 7 y ss.

4.3.2. Funciones.

Durante la tramitación de la reforma, se ha debatido mucho sobre las funciones del experto, sobre todo en comparación con las del administrador concursal. En cualquier caso, la única cuestión clara desde el primer momento, ha sido que en ningún caso el experto puede sustituir o intervenir en la gestión patrimonial del deudor.

El artículo 679 TRLC 2022 establece que el experto deberá asistir al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración y además presentará al juez los informes que exige la Ley y aquellos otros que el juez considere necesarios y convenientes.

Es decir, el experto deberá asesorar a las partes, a todas, no a solo a la que ha solicitado su nombramiento. De esta manera, el experto no solo guiará a las partes en el proceso para la adopción y homologación del plan, sino que igualmente puede realizar labores de intermediación con el fin de lograr un acuerdo que pueda resultar satisfactorio y elimine la posibilidad de que el deudor acabe en incurso en un procedimiento concursal.

Igualmente, tal y como se puede observar, el artículo alude a la posibilidad de emitir informes, concretamente aquellos que la Ley exija y aquellos otros que el juez pueda solicitar, reconociéndose en este último caso, bajo mi punto de vista, una amplia potestad que el juez definirá en cada caso concreto.

4.3.3. Deberes.

El artículo 680 TRLC 2022 establece que el experto debe actuar: (1) con la diligencia propia de un profesional especializado en reestructuraciones y (2) con independencia e imparcialidad tanto respecto del deudor como de los acreedores.

A pesar de esto, a mi parecer, en la práctica va a resultar complicado que el experto actúe en todo caso con imparcialidad e independencia porque como ya hemos dicho, el experto puede ser sustituido a voluntad de la mayoría de los acreedores, y en algunos casos, incluso va a ser sustituido precisamente por haber actuado de manera independiente e imparcial.

Igualmente, me resulta complicado entender cómo puede exigirse independencia e imparcialidad al experto cuando el modelo sobre el que descansa la selección del mismo es el encargo profesional entre el experto y una de las partes, como si se tratase de una relación entre cliente-profesional, en la que obviamente, se habrán negociado previamente los términos del encargo, pactado honorarios, etc. En fin, habrá que esperar y ver cómo funciona y se aplica en la práctica esa exigencia de imparcialidad e independencia del experto.

4.3.4. Responsabilidad.

El artículo 681 del TRLC 2022 se encarga de regular el régimen de responsabilidad exigible al experto por el incumplimiento de los deberes anteriores. Se trata de un régimen de responsabilidad por culpa en el que únicamente se indemnizará el daño causado. Por eso, para imponer la responsabilidad correspondiente, será necesario individualizar: (1) el daño que se pretende indemnizar, (2) la acción ilegítima que generó el daño en cuestión y (3) el nexo causal que vincula la acción en cuestión con el daño generado.

Además, para hacer frente a la posible indemnización que deba afrontar el experto derivada de su ejercicio profesional, se le obliga a suscribir un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente³⁰.

Cabe resaltar que, el legislador en el artículo 681.3 del TRLC 2022, establece que la acción de responsabilidad contra el experto se tramitará por *los “cauces del incidente concursal”*. En fin, me llama la atención que se ordene seguir el trámite de incidente concursal cuando *“no hay concurso”* y, sin embargo, cuando haya concurso y se entable una acción de responsabilidad contra el administrador concursal, no se siga este trámite sino el *“procedimiento declarativo que corresponda”*.

³⁰ PRENDES CARRIL P. y FACHAL NOGUER N., “Comentario a la reforma del...” op. cit., p. 516.

5. CONCLUSIONES ALCANZADAS.

- I. La principal razón que impulsó la aprobación de la Directiva (UE) 2019/1023, *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*, fue la necesidad de que los Estados miembros cuenten con un procedimiento rápido, flexible y ágil de reestructuración temprana que garantice, de un lado, que empresas viables pero con dificultades financieras, puedan mediante el acceso a una reestructuración temprana, evitar la situación de insolvencia y optimizar para los acreedores su valor; y de otro, evitar que empresas que no son viables ni tienen perspectivas de serlo, dilaten su proceso de liquidación, con el consiguiente perjuicio para sus acreedores.

Aun siendo este el objetivo genérico de la aprobación de la Directiva, podríamos considerar como objetivos específicos o como ejes sobre los que se funda la reforma concursal: (1) los planes de reestructuración, (2) el procedimiento de insolvencia único y (3) la nueva segunda oportunidad.

- II. Algunos autores como A. Fernández Rodríguez ya venían sosteniendo que “es necesaria una regulación armónica de las soluciones preconcursales que permita, de una forma supervisada, que se establezca un periodo de negociación entre deudor y acreedores, con información completa y suficiente, que facilite una toma de decisiones adecuada sobre la continuidad y la supervivencia del negocio, bajo la propiedad de sus titulares o de terceros”.

Merece la pena destacar que, un informe realizado por los expertos auditores pertenecientes al Registro de Auditores Judiciales y Forenses (RAJ) del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, reveló que el 93% de los concursos de acreedores acaba en liquidación y cerca de un 70% concluye porque no hay activos que liquidar y pagar a los acreedores societarios. El estudio mostró la realidad existente en estos momentos pues las empresas que entran un proceso concursal lo hacen demasiado tarde, haciendo imposible revertir la situación de crisis en la que han entrado.

Las estadísticas son tozudas por lo que está claro que hay que anticipar las soluciones para hacer realidad el objetivo convencionalista que es evitar la destrucción del tejido empresarial.

En definitiva, tal y como dice el refrán: “más vale prevenir que curar”.

- III. En la transposición efectuada en el nuevo TRLC 2022 por el que se ha introducido la Ley 16/2022 de 5 de septiembre, *de reforma del texto refundido de la Ley Concursal*, el legislador español parte de la estructura existente en nuestro Ordenamiento en el que contábamos y contamos, por un lado, con instrumentos preconcursales y, por otro, con un procedimiento concursal. Con respecto a los primeros es donde se ha producido un cambio completo del diseño al eliminar los instrumentos existentes (los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago) y su sustitución por los planes de reestructuración.

El legislador ha tenido en cuenta como motivos de peso fundamentales: (1) el escaso uso y éxito especialmente de los acuerdos extrajudiciales de pago y (2) la constatación de que los deudores optan por los instrumentos preconcursales cuando se encuentran en una situación patrimonial y financiera muy deteriorada.

Por consiguiente, opta por una sustitución completa del libro segundo, siendo los planes de reestructuración una de las principales novedades que ha introducido esta reforma. A través de esta, el legislador pretende incentivar una reestructuración más temprana y, por tanto, con mayor probabilidad de éxito.

- IV. El legislador español en el artículo 614 establece una de las pocas definiciones que se recogen en el TRLC 2022: “se considerarán planes de reestructuración los que tengan por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos”.

Por consiguiente, podríamos considerar que los planes de reestructuración tienen la finalidad de asegurar la continuidad de empresas y negocios que son viables pero que se encuentran en dificultades financieras que pueden amenazar la solvencia y acarrear el consiguiente concurso.

Añadir que, desde mi punto de vista, aunque el concepto del TRLC 2022 haya sido calificado por algunos autores como “muy novedoso”, en realidad es el concepto de quita y espera solo que bajo otra literatura o semántica.

V. Los planes de reestructuración se caracterizan por estar basados en el principio de intervención mínima y a priori. Otras notas características son: (1) carácter flexible, poco procedimental, (2) negociación y votación informal, (3) el juez solo interviene al final del proceso para homologar el plan, (4) reducción de costes: se prevé que se puedan utilizar unos modelos oficiales de planes de reestructuración que podrán ser utilizados preferentemente por las pequeñas y medianas empresas, eximiendo así la intervención para la formación del plan y la certificación del auditor.

VI. La Ley 16/2022 ha incorporado novedosa y acertadamente la figura del experto en la reestructuración. Sin embargo, el hecho de que los expertos en reestructuración sean elegidos por las partes que soliciten su nombramiento, con independencia de que posteriormente sea el juez el encargado de su designación, puede conllevar a que, en determinados casos, surjan decisiones que no sean imparciales como consecuencia de que debe asesorar tanto a la parte que ha solicitado su nombramiento como a la que no lo ha solicitado.

Además, si se diera una circunstancia extraordinaria en la que el juez considera que debe ser nombrado para garantizar los intereses de deudores y acreedores y ninguna de las partes hubiera solicitado su nombramiento, estaríamos ante una laguna legal que debería ser resuelta mediante la elección discrecional o mediante la consulta a las partes involucradas.

De esta manera, podemos decir que las normas que regulan al experto son muy limitadas por lo que, de alguna manera, se deja en el limbo su eficacia.

VII. En cualquier caso, por todo lo dicho anteriormente, el nuevo TRLC 2022 busca cambiar el paradigma de las insolvencias empresariales al desjudicializar los procesos de reestructuración e incentivar una actuación temprana por parte de las empresas.

Pero ¿por qué se tiene ese estigma?, ¿por qué se busca evitar la vía judicial con los planes de reestructuración?

No me refiero a que se esté huyendo de la vía judicial porque se supone que se acude a la misma cuando no hay nada que hacer, sino al automatismo que existe entre lo ineficiente y lo judicial.

Deberíamos pararnos a pensar en cuál puede ser la causa que nos impulsa a identificar la intervención judicial con la ineficacia. Bajo mi punto de vista, creo que es tanto por el procedimiento que existe (los procesos judiciales tienen un impacto negativo en la reputación de los deudores) como por los propios jueces (¿realmente los jueces son absolutamente imparciales e independientes?)

En fin, pienso que si el procedimiento judicial fuera realmente efectivo no existiría ese automatismo y no sería necesaria una desjudicialización a toda costa.

VIII. En definitiva, aun siendo cierto que la regulación del derecho preconcursal parece transitar por el camino correcto, la reforma deja demasiadas dudas que tendrán que solventarse a través de las resoluciones de nuestros tribunales o a través de las sucesivas reformas de la Ley Concursal.

Por ejemplo, en el artículo 647 del TRCL 2022 que hace referencia a las condiciones que debe de reunir el experto en reestructuraciones, tal y como vimos, el legislador español en la segunda vía, no exige que el experto en reestructuración sea el administrador concursal sino que simplemente esté en condiciones de serlo, pero ¿existe realmente la necesidad de que el experto deba identificarse con la figura del administrador concursal?

Pues bien, de momento no hay requisitos concretos ni un mecanismo de nombramiento totalmente definido (salvo desarrollo posterior de su estatuto).

Es más, el 7 de diciembre de 2022 se ha publicado una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia*, lo cual genera una gran inseguridad jurídica porque desde hace muchos años, es un ámbito que no ha dejado de modificarse.

Esta Propuesta tiene como objetivo principal contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento, resultantes de las diferencias entre las normativas y los procedimientos nacionales en materia de insolvencia. Sin embargo, a mi parecer, deja un poco de lado a los planes de reestructuración, manteniendo su regulación actual y, por consiguiente, manteniendo las lagunas existentes.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

6.1. Manuales, artículos de revista e informes.

AZNAR GINER, E. (2022): *“La comunicación preconcursal de apertura de negociaciones, planes de reestructuración, insolvencia y concurso de acreedores. Adaptado y revisado conforme a la Ley 16/2002, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal”*. Editorial: Tirant lo Blanch.

FACHAL NOGUER, N. (2022): *“¿Qué debemos entender por probabilidad de insolvencia a los efectos de realizar la comunicación de apertura de negociaciones o solicitar la homologación de un plan de reestructuración?”*

FERNÁNDEZ PÉREZ N. (2018): *“Los efectos de la comunicación de la apertura de negociaciones”*.

GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2022): *“Derecho Concursal y Preconcursal: Texto Refundido de la Ley Concursal tras la Reforma por la Ley 16/2022. TOMO II”*. Editorial Valencia: Tirant lo Blanch.

GELI FERNÁNDEZ-PEÑAFLORES, E. y ARLABÁN GABEIRAS, B. (2022): *“Los planes de reestructuración”*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez (ISSN: 1578-956X). Disponible en:

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8154/documento/art02.pdf?id=13116&forceDownload=true>

MARTÍNEZ SANZ, F. (2022): *“Aproximación al experto en reestructuraciones en el proyecto de Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal”*, en Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones, núm. 6.

PRENDES CARRIL P. y FACHAL NOGUER N. (2022): *“Comentario a la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal”*. Editorial: Cizur Menor Navarra, Aranzadi- Thomson Reuters.

6.2. Fuentes normativas.

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Última actualización, publicada el 06/09/2022, en vigor a partir del 26/09/2022.

Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 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*.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de diciembre de 2022, *relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia*.