

Una primera aproximación a la reforma concursal

Visión general de la Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley concursal | Septiembre 2022



Contenido

Introducción	3
Novedades del Derecho preconcursal	5
Novedades introducidas en el concurso de acreedores	13
Un apunte final: el régimen concursal de los avales ICO	17
Contactos	19

Introducción

Hoy, 6 de septiembre de 2022, se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado (**BOE**) la Ley 16/2022 (la **Ley**) de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (**TRLC**) que entrará en vigor, con carácter general, a partir del día 26 de septiembre, a los 20 días de su publicación.

Mediante la aprobación de esta Ley, el legislador realiza una reforma estructural del sistema español de insolvencia y preinsolvencia. Con la Ley, además, se procede a la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 y comúnmente denominada como Directiva de Reestructuraciones.

PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY



1. Profunda reforma del derecho pre-concursal: comunicación de apertura de negociación y nuevos planes de reestructuración



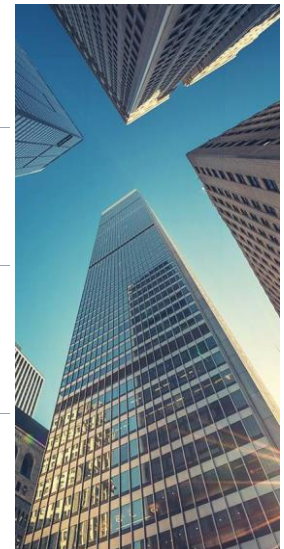
2. Agilización del proceso concursal para una eficaz gestión de la insolvencia y en garantía de la viabilidad empresarial



3. Régimen específico para micro-empresas



4. Revisión del concurso internacional



La Ley lleva a cabo una profunda **adaptación y modificación de los institutos preconcursales**, reemplazando los antiguos acuerdos de refinanciación por un instrumento nuevo, los “**planes de reestructuración**”. La introducción de esta nueva figura pretende favorecer estos procesos, incentivando la reestructuración más temprana de sociedades en dificultades financieras (mediante la introducción del concepto de “probabilidad de insolvencia”) y ampliando el abanico de alternativas, tanto para el deudor como para los acreedores, a la hora de buscar soluciones para la viabilidad. Así, ahora, los nuevos planes de reestructuración permiten acceder a soluciones tendentes a la modificación del activo o los fondos propios del deudor, o a la posibilidad de implementar cualquier cambio operativo necesario para el buen fin de la reestructuración.

Adicionalmente, la reforma también contempla una serie de **medidas tendentes a flexibilizar e incrementar la eficacia y las posibilidades de éxito de los procesos preconcursales**. Ejemplos de ello son, entre otros, la nueva figura del experto en reestructuraciones, la definición del pasivo a reestructurar, la formación de clases de acreedores y la posibilidad de arrastre de clases disidentes, propia del derecho anglosajón (*cross-class cram-down*), recogida ya en la propia Directiva sobre Reestructuraciones, entre las que se incluye a los socios, que podrán ser arrastrados en ciertas circunstancias por primera vez. De esta forma, la Ley otorga un importante número de herramientas al deudor, que sólo estaban disponibles en un escenario de insolvencia, a

la par que confiere un mayor poder a los acreedores a la hora de otorgar viabilidad empresarial, incluso frente a los socios.

La Ley también contiene otro bloque central que **moderniza e incrementa la eficiencia de los procedimientos concursales**. Se introducen múltiples medidas dirigidas a agilizar el proceso, simplificar trámites y actuaciones y permitir el solapamiento de fases para evitar que la demora en la tramitación de los procedimientos reduzca las posibilidades de aprobar un convenio para aquellas empresas que sean viables. Se regula, por primera vez en España, la figura del *pre-pack administration*, en la que tanto han trabajado nuestros jueces y magistrados para salvar unidades productivas viables. Además, se simplifican los trámites procesales de la liquidación, de manera que se protejan los valores de los activos a enajenar para obtener una mayor recuperación de los acreedores cuando la viabilidad ya no es posible, o no crea ningún excedente de valor.

La Ley introduce también una serie de mejoras adicionales orientadas a los deudores que encajen dentro del **concepto de microempresa** y, por otro lado, configura un **mecanismo de segunda oportunidad más eficaz**.

Por último, llama la atención que en las Disposiciones adicionales de la Ley se regula el funcionamiento y gestión en un escenario concursal **del crédito derivado de los avales otorgados por el Instituto de Crédito Oficial (ICO)** bajo determinadas líneas de financiación aprobadas para paliar los efectos de la crisis del Covid-19 y el impacto del conflicto en Ucrania. Con estas medidas, así como las posibilidades de refinanciar o actuar sobre los créditos garantizados (y los avales correspondientes), se pretende regular el régimen de estos avales bajo un plan de reestructuración o una propuesta de convenio. Este régimen especial aprobado para estos avales dará mucho que hablar en los próximos meses y condicionará especialmente futuros procesos de reestructuración.

En conclusión, nos encontramos ante una reforma ambiciosa que abre paso a una nueva etapa para las reestructuraciones e insolvencias en España. Las modificaciones tienen un calado mayor que las introducidas con la aprobación del Texto Refundido de la Ley Concursal o, con las sucesivas reformas de 2014 o 2015, aprobadas por el legislador para paliar los efectos de la crisis económica. Por ello, además de abrir la puerta a nuevos retos y oportunidades, las empresas, agentes financieros y operadores jurídicos se verán obligadas a realizar un considerable esfuerzo para actualizarse y adaptarse a este nuevo régimen. En cuestiones pendientes o sin abordar, quizá se echa de menos una mayor valentía del legislador a la hora de afrontar el crédito público, que no será afectado por los planes de reestructuración, y mantiene una especial protección tras la reforma que dificultará muchos procesos de reestructuración.

“Se echa de menos una mayor valentía del legislador a la hora de afrontar el crédito público, que no será afectado por los planes de reestructuración, y mantiene una especial protección tras la reforma que dificultará muchos procesos de reestructuración.”



Novedades del Derecho preconcursal



El Derecho preconcursal continúa estructurándose en dos áreas fundamentales consistentes en: (i) la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores, como escenario o plataforma estable para dichas conversaciones; y (ii) los nuevos planes de reestructuración.

La comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores

Como primera novedad, se adelanta el momento en que el deudor puede acogerse a la **comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores** (la antigua comunicación del artículo 5bis de la Ley Concursal (LC) o del artículo 583 del TRLC). Para ello, se introduce el concepto de la “probabilidad de insolvencia” como un estadio anterior a la insolvencia inminente (que ahora se aclara que tiene lugar cuando no se pueda cumplir con las obligaciones exigibles en el plazo de tres meses), cuando sea objetivamente previsible que el deudor no podrá cumplir regularmente con las obligaciones exigibles en un plazo de dos años. Es una definición bastante flexible, pues la justificación de lo que pueda acontecer en un plazo de dos años siempre conllevará la realización de una serie de presunciones.

Este nuevo escenario o plataforma de preinsolvencia pasa a estar mucho más regulado, y se otorgan también ciertas herramientas que solo estaban previstas en el concurso, como veremos. Así, la comunicación de apertura de negociaciones, que hasta ahora era un escrito relativamente breve, pasa a regularse en detalle:

- Podrá presentarse en todo caso cuando se hayan iniciado negociaciones para la adopción de un plan de reestructuración, pero también cuando se tenga la intención de emprender éstas de forma inmediata. Será necesario que el deudor se encuentre en insolvencia probable, inminente o actual (en este último caso, siempre que no se haya solicitado un concurso necesario).

- Se establece el **contenido obligatorio** de la comunicación de forma mucho más detallada (y casi como una breve solicitud de concurso) en la que, entre otros, será necesario detallar:

las razones que justifican la comunicación;	los bienes, derechos y contratos necesarios para la continuidad de la actividad;	los acreedores con los que se hayan iniciado conversaciones (o se tenga intención de iniciarlas) junto con una relación de sus créditos;
las ejecuciones que se sigan frente a los bienes necesarios para las que se pretende su paralización;	cualquier circunstancia que pueda afectar al desarrollo o buen fin de las negociaciones;	las garantías del grupo que se pretende resulten afectadas por la comunicación;
el activo, pasivo, cifra de negocios y número de trabajadores del deudor;	y, en su caso, los detalles para el nombramiento de un experto en la reestructuración.	

Además, en aquellos supuestos en los que se pretenda una afectación del crédito público deberá cumplirse con una serie de requisitos adicionales.

- Se regulan más pormenorizadamente los **efectos de la comunicación**, la cual no conllevará un desapoderamiento del deudor (aunque se nombre un experto en la reestructuración). Tampoco podrá implicar, por sí misma, el vencimiento anticipado de los créditos, o la suspensión, modificación o resolución anticipada de los contratos (la validez de las denominadas cláusulas *ipso facto* estaba sin regular hasta la fecha en un escenario de preinsolvencia). Además, tampoco podrán iniciarse ejecuciones singulares sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad y las existentes deberán suspenderse. Como medida excepcional, y siendo una novedad de gran relevancia para poder llevar a buen puerto algunos procesos de reestructuración, la suspensión también podrá llegar a impedir la ejecución de las garantías personales o reales prestadas por otras sociedades del grupo cuando se acredite que la ejecución podría ocasionar la insolvencia del garante y de la propia deudora.

En lo que se refiere a las **garantías reales sobre bienes necesarios** del deudor (a excepción de las garantías financieras), podrá iniciarse su ejecución judicial o extrajudicial pero, una vez iniciado el procedimiento, éste se suspenderá de manera inmediata. En determinados supuestos, la suspensión también podría hacerse extensiva a los acreedores públicos. Asimismo, se podrá interponer recurso de revisión frente al decreto del Letrado de la Administración de Justicia que determine los bienes necesarios para la actividad.

- Por lo que se refiere a la **duración de la protección** de la comunicación, se mantiene en un primer estadio el esquema anterior (tres meses más un mes adicional para solicitar el concurso). No obstante, se contempla la posibilidad de prórroga del primer período de tres meses por un plazo de hasta otros tres meses sucesivos siempre que así lo apoyen acreedores que representen más del 50% del pasivo afectado por la reestructuración (de manera que el total de la protección podría llegar a ser de 3+3+1 meses).
- Mientras que la comunicación mantenga su vigencia (incluida la eventual prórroga), se suspende el deber de solicitar el concurso, y las solicitudes de concurso presentadas por los acreedores verán interrumpida su tramitación. Durante el mismo período, también se suspende el deber de acordar la disolución por la existencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto por debajo del 50% del capital social. Por si fuera poco, incluso si el deudor solicita el concurso voluntario durante la vigencia de una comunicación de negociaciones, el experto en reestructuración (si estuviera nombrado) o los acreedores que representen más del 50% del pasivo que pueda ser afectado por la reestructuración podrán suspender la solicitud si acreditan la existencia de un plan de reestructuración que pudiera ser aprobado.
- No podrán ser objeto de modificación, suspensión, resolución o terminación los contratos que sean declarados como necesarios para la continuidad empresarial, pasando por tanto a tener estos una protección similar a los activos necesarios en el plazo de tres meses desde la comunicación, ampliables a otros tres meses.

Los nuevos planes de reestructuración

Los nuevos **planes de reestructuración** vienen a sustituir a los anteriores acuerdos de refinanciación.

Su contenido se amplía y flexibiliza permitiendo que no solo tengan como objeto la modificación de todo tipo de pasivo (hasta ahora, se limitaba al pasivo financiero), sino también del activo o de los fondos propios, la transmisión de activos (lo que se puede hacer en forma de unidad productiva) y hasta cualquier cambio operativo necesario (incluyendo la resolución de contratos en interés de la reestructuración).

Al igual que ocurría con los acuerdos de refinanciación, los planes de reestructuración deberán formalizarse en instrumento público. Además, su contenido mínimo se amplía ya que, entre otros, deberán incluir una descripción de la situación económica del deudor y de sus trabajadores, el activo y pasivo del deudor o los contratos con obligaciones recíprocas pendientes que se pretenda queden resueltos en virtud del plan. A su vez, los anteriores planes de viabilidad se sustituyen por:

- 1 - una descripción de las medidas de reestructuración operativa y financiera propuestas;
 - 2 - la justificación de su necesidad;
 - 3 - un detalle de las consecuencias sobre el empleo; y
 - 4 - la exposición de las condiciones necesarias para el éxito del plan y de las razones por las que éste ofrece una perspectiva de garantizar la viabilidad de la empresa y evitar el concurso.
-

Los planes de reestructuración también reconocen **múltiples opciones para la modificación del pasivo**. Así, permitirán modificar la fecha de vencimiento o el principal o intereses (incluyendo la aplicación de quitas), la conversión en créditos participativos o subordinados, instrumentos de capital o cualquier otro instrumento análogo, la modificación de las garantías reales o personales, el cambio del deudor, e incluso de la ley aplicable al crédito. Estos efectos podrán hacerse extensivos prácticamente a cualquier crédito – a excepción de los créditos derivados de responsabilidad civil extracontractual y los créditos de relaciones laborales (salvo los de alta dirección) -, incluyendo los créditos contingentes o aquellos sometidos a condición (que ahora incluyen una regulación específica, algo que no teníamos hasta la fecha). En lo que se refiere al crédito público, podrían llegar a obtenerse esperas de hasta doce meses. Asimismo, se establece de forma expresa la posibilidad de regular el denominado “perímetro de afectación”, mediante criterios objetivos y justificados, sujetos a control judicial. De esta forma, las partes podrán determinar qué pasivo es afectado y cuál no.

La Ley mantiene el principio general de vigencia de los contratos suscritos por el deudor, de manera que la mera homologación - salvo para los contratos marco sujetos al Real Decreto-ley 5/2005 - no podrá ser causa para su modificación o resolución. No obstante, el plan sí que podrá contemplar la modificación o resolución de contratos (incluidos los de alta dirección) cuando esta medida sea necesaria para el buen fin de la reestructuración y prevenir así el concurso. En ese escenario, los créditos resultantes podrán quedar afectados por el plan. Cualquier discrepancia que se plantee al respecto, deberá resolverse por los trámites del incidente concursal.

Una de las principales novedades de la reforma concursal es la introducción de la figura anglosajona de formación de clases de créditos para la votación del plan por parte de los acreedores que pudieran quedar afectados por él. Esta formación de clases deberá atender a la existencia de un interés común de sus integrantes y se entenderá que existe interés común entre los créditos de igual rango en un eventual concurso de acreedores, si bien los créditos de un mismo rango podrían también separarse en distintas clases cuando haya razones que lo justifiquen. En todo caso, los créditos con garantía real y los créditos de derecho público constituirán clases separadas. Por último, y a los efectos de dotar de certidumbre y seguridad al proceso, el deudor y los acreedores que representen más del 50% del pasivo afectado podrán solicitar confirmación judicial de la correcta formación de clases con carácter previo a la solicitud de la homologación. Esta medida permitirá una mayor flexibilidad a la hora de aprobar medidas para distintos grupos, yendo incluso más allá de la regulación de los *scheme of arrangement*, pues permite en determinadas circunstancias (como veremos) el arrastre entre clases (*cross-class cram-down*).

Las **mayorías exigidas** para la aprobación del plan también sufren un cambio con respecto a los porcentajes exigidos anteriormente. Se establece un porcentaje único - del 66,66% - para la aprobación del plan por cada clase de acreedores. Esa cifra se eleva hasta el 75% cuando la clase en cuestión estuviera conformada por créditos con garantía real. Estos porcentajes resultarán también de aplicación para que se pueda entender que la totalidad de los acreedores sometidos a un pacto de sindicación han votado a favor del plan (salvo que el pacto de sindicación establezca una mayoría inferior, que en cuyo caso sería de aplicación). En caso contrario, se computarán los votos individualmente. La concurrencia de las mayorías deberá acreditarse mediante un certificado del experto en la reestructuración o del auditor que se acompañará al propio plan.

Los planes de reestructuración podrán imponerse al deudor y suspender las solicitudes de concurso voluntario si así lo solicitase el experto en la reestructuración (si se hubiera nombrado) o más del 50% del pasivo afectado por la reestructuración.

Novedades en torno a la homologación

Los planes deberán ser homologados cuando se pretenda (i) la extensión de sus efectos a acreedores o socios disidentes; (ii) proteger la financiación interina¹, la nueva financiación² y los actos realizados en el contexto del plan frente a acciones rescisorias; (iii) reconocer a la financiación interina o la nueva financiación determinadas preferencias de cobro; o (iv) la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes en interés de la reestructuración.

Los requisitos para la homologación también se redefinen y concretan en las siguientes condiciones:

- a) El deudor debe ser insolvente (ya sea insolvencia actual o inminente, o encontrarse en situación de probabilidad de insolvencia) y el plan debe ofrecer una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad en el corto y medio plazo.
- b) El plan debe haber sido aprobado por (i) todas las clases de crédito y los socios; o (ii) una mayoría simple de las clases siempre que al menos una de ellas hubiera sido calificada como créditos con privilegio general o especial; o (iii) al menos una clase que pueda razonablemente presumirse que hubiere recibido algún pago tras una valoración del deudor como empresa en funcionamiento (los denominados como acreedores *in the money*). No obstante, cumplidos los demás requisitos, el plan podrá ser homologado, aunque no haya sido aprobado por los socios si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente. Esta es una importante novedad, pues por primera vez se equipara el poder del socio al del acreedor de cara a decidir sobre la viabilidad de una empresa.
- c) Los créditos dentro de una misma clase deben ser tratados de forma paritaria.
- d) El plan debe haber sido comunicado previamente a todos los acreedores afectados.

Respecto el procedimiento de homologación, se mantiene, en esencia, el régimen anterior.

Acordada la homologación mediante auto, éste seguirá produciendo en la nueva regulación todos sus efectos de forma inmediata, de manera que una impugnación no pondrá freno a su ejecución, pudiendo incluso registrarse los actos de ejecución del plan de reestructuración.

Los acreedores con garantía real que hubiesen votado en contra del plan y pertenezcan a una clase en la que el voto favorable sea inferior al voto disidente, tendrán derecho a iniciar la ejecución de sus garantías en el plazo de un mes desde la publicación de la homologación en el Registro Público Concursal. Sin embargo, el plan podrá prever la sustitución de ese derecho de ejecución separada por la opción de cobrar en efectivo en un plazo no superior a 120 días. En lo que se refiere a las garantías de terceros, como principal novedad, se contempla la posibilidad de que los efectos del plan se puedan extender a estas garantías (incluso cuando el garante no se halle sometido al plan de reestructuración), cuando la ejecución de la garantía pudiera causar la insolvencia del garante y del deudor.

“Por primera vez se equipara el poder del socio al del acreedor de cara a decidir sobre la viabilidad de una empresa”

¹ Entendida como la financiación concedida que fuera razonable y necesaria con carácter inmediato, bien para asegurar la continuidad de la actividad del deudor durante las negociaciones hasta la homologación del plan, o para preservar o mejorar el valor del conjunto de la empresa o una o varias unidades productivas a la fecha de inicio de las negociaciones.

² Entendida como aquella financiación prevista en el plan de reestructuración y que resulte necesaria para el cumplimiento del plan.

La Ley también reforma el régimen de impugnación del auto de homologación. Así, se establece con carácter principal un sistema de impugnación, sin efectos suspensivos y sin posibilidad de recurso posterior, ante la Audiencia Provincial en el plazo de 15 días tras la publicación del auto de homologación. Además, se desarrollan los motivos de impugnación para contemplar los siguientes:



El incumplimiento de los requisitos de comunicación, contenido y de forma del plan.



Que la formación de las clases de acreedores y la aprobación del plan, no se hayan producido conforme a las reglas previstas.



Que el deudor no sea insolvente o al menos se encuentre en probabilidad de insolvencia.



Que el plan no ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad.



Que los créditos del impugnante no hayan sido tratados de forma paritaria con otros créditos de su misma clase.



Que la reducción del valor de los créditos sea superior a la necesaria para asegurar la viabilidad (siendo especialmente relevante que, en los supuestos de cesión de créditos, se tendrá en consideración a estos efectos el precio de adquisición de los créditos).



Que el plan no supere la prueba del interés superior de los acreedores. El plan no superará ese test cuando los créditos se vean perjudicados en comparación con los retornos que recibirían en un escenario de liquidación concursal de los bienes ya sea de manera individual o como unidad productiva.

Para aquellos planes que no hayan sido aprobados por todas las clases, se plantean las siguientes causas adicionales de impugnación para todos los acreedores que no hayan votado a favor del plan:

- a) Que el plan no haya sido aprobado por la clase o clases necesarias.
- b) Que una clase de créditos vaya a mantener o recibir un retorno superior al importe de sus créditos.
- c) Que una clase vaya a recibir un trato menos favorable que cualquier clase del mismo rango.

- d) Que una clase vaya a recibir un valor inferior al importe de sus créditos si una clase de rango inferior o los socios van a recibir cualquier pago. No obstante, esta condición podrá verse incumplida cuando ello sea necesario para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente.

Cuando el plan contemple la resolución de contratos para el buen fin de la reestructuración, la parte afectada también podrá impugnar la homologación cuando considere que (i) la resolución contractual no es necesaria para asegurar el buen fin de la reestructuración; o (ii) no sea adecuada la indemnización que se contempla al efecto.

Como regla general, la estimación de la impugnación solo beneficiará al acreedor impugnante. Cuando la estimación de la impugnación se base en la falta de concurrencia de las mayorías exigidas o en la formación defectuosa de las clases, la sentencia sí que tendrá efectos para todos los acreedores al declararse la ineficacia del plan.

Con carácter subsidiario, la Ley contempla un nuevo cauce de oposición a la homologación *ex ante*. Así, los solicitantes de la homologación podrán solicitar que, con carácter previo a la homologación, las partes afectadas puedan oponerse a ésta ante los Juzgados de lo Mercantil.

La Ley también mejora y desarrolla el régimen de protección frente a **las acciones rescisorias de los planes homologados**. La protección general se obtendrá siempre que los créditos afectados por el plan representen al menos el 50% del pasivo total y alcanzará a (i) los actos u operaciones razonables e inmediatamente necesarios para el éxito de la negociación o para la ejecución del plan; y (ii) la financiación interina y la nueva financiación. En el caso de que éstas hayan sido proporcionadas por personas especialmente relacionadas con el deudor los créditos afectados deberán superar el 60% del pasivo total para que la protección pueda ser de aplicación. Si no se alcanza la mayoría del 50% pero el plan ha sido homologado, las presunciones relativas de perjuicio para la masa activa no serán de aplicación.

En el trámite de impugnación u oposición de la homologación, también se podrá solicitar la exclusión de la protección frente a acciones rescisorias sobre la base del incumplimiento de las mayorías necesarias, el incumplimiento de los requisitos legales, el perjuicio injustificado para los intereses de los acreedores o la falta de necesidad del plan para evitar el concurso y asegurar la viabilidad.

Por último, otra novedad importante afecta a los efectos del incumplimiento del plan ya que, en dicho caso, no se podrá pedir la resolución del plan ni la desaparición de sus efectos salvo que el propio plan prevea otra cosa.

El experto en la reestructuración

Por primera vez en España, la Ley regula la figura del **experto en la reestructuración**, que podrá ser nombrado una vez abiertas las negociaciones:

- a) a solicitud del deudor;
- b) a solicitud de los acreedores que representen más del 50% del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración;
- c) por el propio juez cuando lo considere necesario para salvaguardar el interés de los acreedores afectados por la suspensión de ejecuciones singulares o la prórroga de la suspensión;
- d) cuando los efectos de un plan de reestructuración se vayan a extender a una clase de acreedores o de socios que no hubiera votado a favor del plan; y

e) a solicitud de los acreedores que representen más del 35% del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración –pero en este último supuesto el nombramiento, a diferencia de los anteriores, es potestativo para el juez atendiendo a las circunstancias del caso, con traslado previo al deudor- (un “*supuesto especial*” en palabras de la Ley).

El experto tendrá un papel relevante durante todo el proceso de reestructuración. Así, asistirá al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración, así como al Juzgado con la emisión de los informes que resulten pertinentes. Además, su intervención será necesaria a lo largo de la tramitación de la reestructuración como, por ejemplo, a la hora de determinar la necesidad de suspender ejecuciones sobre bienes no necesarios, informar sobre la posibilidad de prórroga del plazo inicial de tres meses del precurso, o, valorar la empresa en funcionamiento si fuera necesario el *cross-class cram-down*, con el objeto de determinar los acreedores que por preferencia les alcanzaría dicho valor (acreedores *in the money*).

El nombramiento se realizará por el juez mediante auto, debiendo hacerse constar en el Registro Concursal la designación y la identidad del experto.

El experto deberá ser la persona que, reuniendo las condiciones establecidas en la Ley (se contempla una serie de condiciones subjetivas que deberá tener la persona natural o jurídica que sea nombrada experto y las potenciales incompatibilidades y prohibiciones) sea propuesta por el deudor o los acreedores en su solicitud. Es decir, parece que se cierra la posibilidad de que sea el Juez el que elija, incluso en el supuesto de que el primer candidato no reúna las condiciones mencionadas debe solicitar al proponente que presente una terna de posibles candidatos alternativos.

Asimismo, se prevé la posibilidad de impugnar el nombramiento del experto por quien tenga interés legítimo y la posibilidad de sustituir al experto nombrado a solicitud del deudor o de una minoría de acreedores por parte de acreedores que representen más del 50% del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración.

Finalmente, se regula el estatuto del experto independiente, destacando el deber de ejercer el cargo con la diligencia de un profesional especializado en reestructuraciones y con independencia e imparcialidad, pudiendo incurrir en responsabilidad civil en caso de infringir dichos deberes.



Novedades introducidas en el concurso de acreedores

Además de la modificación total del Libro II, del Derecho Preconcurso, se realiza una profunda reforma del derecho concursal español, siguiendo las indicaciones de la Directiva, para que estos se tramiten de forma rápida y eficiente. Como señala la Exposición de Motivos de la reforma operada, las cuestiones procesales han prevalecido hasta la fecha en la tramitación de los concursos sobre los que es esencial en la insolvencia: “*el rápido y eficaz tratamiento de la situación de crisis*”.

Para ello, la principal novedad de la tramitación del concurso es su agilización. En primer lugar, no se esperará a tener unos textos definitivos del listado de acreedores para pasar a la siguiente fase; muy al contrario, las distintas piezas del concurso se solaparán, en búsqueda de una más rápida solución concursal.



- (i) la creación de la figura de los **concursos sin masa**;
- (ii) el ajuste en la duración del concurso de acreedores permitiendo el solapamiento de fases y acelerando la tramitación de actuaciones;
- (iii) la aplicación de un nuevo plazo aplicable a las acciones rescisorias;
- (iv) la convalidación legislativa del comúnmente denominado como pre-pack concursal;
- (v) la redefinición del convenio de acreedores;
- (vi) la desaparición de los planes de liquidación;
- (vii) la posible reactivación de los derechos de ejecución separada en sede de liquidación;
- (viii) una nueva sección de calificación; y
- (ix) el ajuste del régimen para la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa.

Los **concursos sin masa** se definen como aquellos en los que, de la propia solicitud de concurso, se deriva: la inexistencia de bienes embargables o que los gravámenes y cargas sobre los bienes es superior al valor de mercado de éstos, o que el coste de realización de los bienes es manifiestamente desproporcionado o los bienes libres de cargas tienen un valor inferior al previsible coste del procedimiento. En estos casos y una vez anunciado el concurso en el BOE y en el Registro Público Concursal, los acreedores que representen, al menos, el 5% del pasivo, podrán solicitar (a su cargo) el nombramiento de un administrador concursal para que emita un informe sobre los

indicios y prosperabilidad de eventuales acciones rescisorias, acciones de responsabilidad o para que el concurso pueda ser calificado como culpable.

En el caso de que, presentado el informe, se aprecie la existencia de dichos indicios, se dictará auto complementario para la tramitación del concurso. Además, el administrador concursal deberá ejercitar las acciones correspondientes en el plazo de dos meses desde la presentación de su informe. Si no lo hiciera, los acreedores que hubieran solicitado el nombramiento, podrán plantear esas acciones en su lugar.

Por otro lado, la reforma está dirigida a ajustar la **duración del concurso**. Como regla general, se contempla una duración de 12 meses, teniendo una duración de seis meses la fase común y de otros seis meses las fases de convenio o liquidación. No obstante, estos plazos podrán ser ampliados si las circunstancias así lo requieren.

Dentro de los 15 días siguientes a la presentación del informe de la administración concursal, el Letrado de la Administración de Justicia deberá poner fin a la fase común y acordará la apertura de la fase de liquidación en caso de que no se hubiera presentado propuesta de convenio (lo que determina también una reducción del plazo máximo para la presentación de propuestas de convenio).

También se introducen medidas tendentes a agilizar la solicitud de concurso para potenciar una búsqueda temprana de soluciones a la insolvencia. Así se acota temporalmente el concepto de “insolvencia inminente” a aquellas situaciones en las que el deudor prevea que, en el plazo de 3 meses, no podrá atender regularmente sus obligaciones.

En este ámbito, también se redefine y amplía al arco temporal de referencia para las **acciones rescisorias**. En el momento inicial del cómputo de dos años pasa a ser la solicitud de concurso –no la declaración como hasta la fecha- cubriendo también el período comprendido entre la solicitud de concurso y la posterior declaración.

Por otro lado, también se añaden dos nuevos “períodos de sospecha” para el planteamiento de acciones rescisorias. El primero alcanza los dos años anteriores a la presentación de la comunicación de la existencia de –o intención de iniciar- negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración así como los realizados desde esa fecha hasta la eventual declaración de concurso siempre que (i) no se hubiera aprobado un plan de reestructuración o si el plan aprobado no hubiera sido homologado; y (ii) el concurso se haya declarado dentro del año siguiente a la finalización de los efectos de la comunicación (o su prórroga).

Y el segundo, para los supuestos de apertura de la liquidación tras la aprobación de un convenio, abarcando los dos años anteriores a la solicitud de incumplimiento de convenio o, en caso de imposibilidad de cumplimiento, desde que se solicite la apertura de la liquidación.



Una de las principales novedades de la Ley es el nuevo régimen de venta de **unidades productivas**. Con carácter general, el juez del concurso pasa a ser el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa y para delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen.

No obstante, lo más destacable es la convalidación legislativa definitiva del **pre-pack concursal** basándose en la antigua liquidación anticipada o presentación de concurso con propuesta de liquidación y oferta para la compraventa de unidad productiva. El deudor podrá presentar, junto con su solicitud de concurso y siempre que simultáneamente publique dicha oferta en el portal de liquidaciones concursales del Registro Público Concursal, una propuesta escrita vinculante para la adquisición de una o varias unidades productivas. Para ello, el oferente debe asumir la continuación o reanudación de la actividad por un período mínimo de dos años³. En este escenario, junto con la declaración de concurso, se concederá un plazo de 15 días para (i) la presentación de observaciones y

propuestas vinculantes alternativas por los acreedores o terceros interesados; y (ii) la emisión de un informe de evaluación de la oferta presentada por la administración concursal. En caso de presentarse varias propuestas, se celebrará un trámite adicional de mejora entre todos los postores.

En apoyo o como paso previo a la realización de este tipo de procesos de venta, se incluye también la nueva figura del “experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva” cuyo cometido será recabar ofertas para la adquisición de una o varias unidades productivas. Su nombramiento podrá ser solicitado por el deudor al juzgado competente para la declaración de concurso y podrán ser nombrados quienes reúnan las condiciones para ser nombrados administradores concursales o expertos en reestructuraciones. De cara a qué oferta deba ser aceptada, la Ley da una gran discreción al Juzgador, que debe atender al interés del concurso de forma amplia, incluyendo la continuidad de la empresa y los puestos de trabajo, entre otros.

También se establecen novedades destacables para el **convenio**. Se configura un régimen único en el que desaparece la propuesta anticipada de convenio y la tramitación oral (lo que determina también la desaparición de la junta de acreedores). En su lugar, el régimen se apoyará únicamente en la propuesta ordinaria y con tramitación escrita dirigida por la administración concursal que será quien determinará el resultado del proceso de adhesiones. Las propuestas deberán presentarse antes los 15 días siguientes a la presentación del informe de la administración concursal.

Entre otras novedades reseñables, también cabe destacar que:

- los plazos anuales de espera de los créditos ordinarios se computarán como plazos trimestrales de espera para los créditos subordinados, con una espera máxima para todos los acreedores de 10 años y sin perjuicio de los efectos que pueda producir el ejercicio de la facultad de elección;
- se introduce como motivo de oposición la imposición de un convenio con un resultado peor que la que podría obtener el acreedor a través de su cuota hipotética de liquidación; y
- se introduce de forma estable la figura del reconvenio permitiendo la modificación de convenios, una sola vez y transcurridos dos años de su vigencia, siempre que exista un riesgo de incumplimiento del convenio aprobado y la modificación sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa.

En la **liquidación**, la Ley pretende una simplificación y agilización del proceso. Desaparecen los planes de liquidación basados en la iniciativa del administrador concursal para ser sustituidos por las reglas generales y

³ El plazo de dos años está previsto expresamente en el art. 224 septies, relativo al procedimiento conocido como pre-pack. No obstante, llama la atención que en el art. 224 bis que regula la oferta de adquisición de unidad productiva presentada junto a la solicitud de concurso se recoge un plazo de tres años.

especiales de liquidación. Las reglas generales se sintetizan en la regla del conjunto (preferencia por la enajenación conjunta sobre la enajenación individualizada de los activos), la regla de la subasta electrónica (preferencia por la subasta electrónica de los bienes que tuvieran una valoración superior al 5% del valor total de los bienes y derechos) y la adjudicación de bienes hipotecados o pignorados en caso de falta de postores (posibilidad para el acreedor garantizado de solicitar la adjudicación según las bases de la Ley de Enjuiciamiento Civil o que se ordene la adjudicación cuando la valoración de los bienes sea inferior a la deuda). Por su parte, las reglas especiales podrán ser fijadas por el juez en atención a las características y composición de la masa activa y podrán ser modificadas o dejadas sin efecto en cualquier momento (incluso por decisión de una mayoría simple del pasivo total o de los créditos ordinarios). El establecimiento y delimitación de las reglas especiales solo podrá ser objeto de recurso de reposición.

Por último, se contempla que, en caso de que transcurrido un año desde la apertura de liquidación no se hubiera producido a la realización de los bienes afectos al pago de créditos con privilegio especial, los titulares de las garantías verán **reactivado su derecho a instar la ejecución o realización forzosa de los bienes**. Esto, sin duda, será un incentivo importante para llevar a efecto la liquidación lo más rápido posible.

También se efectúa una profunda remodelación e impulso de la **calificación del concurso**. La apertura de la sección de calificación se adelanta a la finalización de la fase común y se deberá abrir en todos los concursos (no solo en aquellos en los que se imponga un convenio gravoso o se acuerde la liquidación). Además, los acreedores adquieren un papel mucho más preponderante en detrimento del Ministerio Fiscal. Así, se concede a los acreedores que representen al menos el 10% del pasivo o sean titulares de créditos por importe superior a un millón de euros la capacidad de presentar su propio informe de calificación razonado y documentado (con propuesta de culpabilidad) e impulsar, por sí mismos, la tramitación de la calificación. Por su parte, el Ministerio Fiscal pasa a adoptar una posición más residual y solo en el supuesto de que en los informes de calificación se pusiera de manifiesto la posible existencia de hechos constitutivos de delito no perseguibles únicamente a instancia de la parte agraviada, se le dará traslado de los informes. Igualmente, se reconoce la posibilidad de transar el contenido económico de la calificación (previo traslado al resto de partes personadas). Finalmente, se desarrolla al régimen de costas en la sección. Si la sentencia desestima la solicitud de culpabilidad a instancias de la administración concursal, no se condenará a ésta al pago de las costas salvo que concurra temeridad. En cambio, si la sentencia estima la culpabilidad, no se condenará a las personas afectas por la calificación al pago de las costas en que hubieran incurrido los legitimados al defender la calificación del concurso como culpable.

“Un incentivo importante para llevar a efecto la liquidación lo más rápido posible será que los titulares de las garantías verán reactivado su derecho a instar la ejecución o realización forzosa de los bienes.

Finalmente, se reforma también el régimen para la **conclusión del concurso por insuficiencia sobrevenida de la masa activa**. Desde que se comunique la insuficiencia de la masa, tendrán preferencia de cobro los créditos vencidos después de esa comunicación que sean imprescindibles para la liquidación. Se considerarán imprescindibles los salarios devengados después de la apertura de la liquidación, la retribución de la administración concursal durante la fase de liquidación, y las cantidades adeudadas a partir de la apertura de la liquidación por rentas de los inmuebles arrendados para la conservación de la masa activa. Se reconoce también legitimación a los acreedores de la masa para requerir a la administración concursal que informe sobre la suficiencia de la masa, con la posibilidad de solicitar el auxilio judicial en el supuesto de que no se reciba puntual contestación.

Un apunte final: el régimen concursal de los avales ICO

La Ley incluye en su Disposición Adicional 8ª el régimen aplicable a los avales ICO otorgados a raíz de la crisis del Covid-19 y o en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, en los procedimientos de insolvencia y preinsolvencia.

Así, se establece que:

- Los créditos derivados de los avales ICO tendrán la consideración de créditos financieros, no siendo considerados, por tanto, como crédito público.
- Los créditos derivados de los avales ICO tendrán al menos el rango de créditos ordinarios (serán créditos con privilegio especial en caso de que existan otras garantías).
- Las entidades financieras se encargarán, por cuenta y en nombre del Estado (incluso en caso de subrogación), de: (i) la representación de los créditos; y (ii) el ejercicio de las comunicaciones, derechos de voto o reclamaciones que fuesen oportunas para el reconocimiento y pago de los créditos.
- El auto de declaración del concurso (haya sido o no ejecutado/pagado el aval) producirá, a los solos efectos de su intervención en el concurso, la subrogación del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital por la parte del principal avalado, de manera que se pone fin al debate abierto por los Juzgados de lo Mercantil sobre la titularidad del crédito a efectos concursales cuando el aval aún no ha sido ejecutado.
- Se establece una lista de restricciones concretas al contenido de los planes de reestructuración, continuación o propuestas de convenios que puedan afectar a los créditos ICO, de manera que no podrán imponer:



el cambio de la ley aplicable;



el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago;



la modificación o extinción de las garantías que tuvieron; o



la conversión de los créditos en acciones o participaciones sociales, en créditos o préstamos participativos o en cualquier otro crédito de características o de rango distintos de aquellos que tuviere el crédito originario.

- Se requiere la autorización previa del Departamento de Recaudación de las Agencia Estatal de la Administración Tributaria para votar a favor a los planes de reestructuración que concedan aplazamientos, fraccionamientos y quitas de las cantidades reclamadas o reconocidas. La ausencia de dicha autorización producirá la falta de efectos del plan o convenio frente al Ministerio.
- Respecto a los planes de continuación o propuestas de convenio, la norma se remite a la Ley General Presupuestaria (se requiere igualmente autorización, se permite la suscripción de acuerdos, el establecimiento de condiciones singulares de pago y la posible compensación de créditos, en determinadas condiciones).

De esta forma, y teniendo en cuenta que existen un gran número de sociedades que han acudido a las líneas ICO, se produce una importante ralentización de los procesos, que invitarán a valorar la no afectación de estos pasivos o, incluso, su inclusión como una clase independiente con posibilidad de arrastre en caso de que se den los requisitos necesarios para ello



Contactos



Javier Castresana

Socio – Madrid

Tel +34 91 782 9814

javier.castresana@allenoverly.com



Álvaro Pastrana

Asociado sénior – Madrid

Tel +34 91 782 98 55

alvaro.pastrana@allenoverly.com

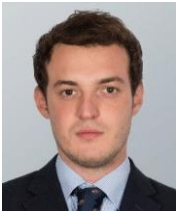


Lara Ruiz

Asociada – Madrid

Tel +34 91 782 99 59

lara.ruiz@allenoverly.com



Óscar Guinea

Asociado – Madrid

Tel +34 91 782 9887

oscar.guinea@allenoverly.com



Teresa Hermosilla

Asociada – Madrid

Tel +34 91 782 9737

teresa.hermosilla@allenoverly.com

Madrid

Allen & Overy
Serrano 73
Madrid
28006

Tel +34 (0)91 782 98 00

Fax +34 (0)91 782 98 99

Presencial global

Allen & Overy is an international legal practice with approximately 5,600 people, including some 580 partners, working in more than 40 offices worldwide. A current list of Allen & Overy offices is available at [allenoverly.com/global/global_coverage](https://www.allenoverly.com/global/global_coverage).

Allen & Overy means Allen & Overy LLP and/or its affiliated undertakings. Allen & Overy LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC306763. Allen & Overy (Holdings) Limited is a limited company registered in England and Wales with registered number 07462870. Allen & Overy LLP and Allen & Overy (Holdings) Limited are authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority of England and Wales (SRA number 401323).

The term partner is used to refer to a member of Allen & Overy LLP or a director of Allen & Overy (Holdings) Limited or, in either case, an employee or consultant with equivalent standing and qualifications or an individual with equivalent status in one of Allen & Overy LLP's affiliated undertakings. A list of the members of Allen & Overy LLP and of the non-members who are designated as partners, and a list of the directors of Allen & Overy (Holdings) Limited, is open to inspection at our registered office at One Bishops Square, London E1 6AD.