Fondos de inversión

Preconcurzalidad y Planes de Reestructuración en el Anteproyecto de Nueva Ley Concursal

Breve resumen de las novedades que introduce el Anteproyecto de ley de reforma de la Ley Concursal en el escenario preconcurzal.

José Antonio Gómez Calafat

Abogado del Área de Procesal y Arbitraje de GA_P

El pasado 21 de Julio se hizo público el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal, cuya finalidad es la incorporación al derecho español de la Directiva n.º 2019/1023, de 20 de Junio de 2019 (Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia).

Analizado el contenido del Anteproyecto –y sin perjuicio de que sea posible vaticinar una evolución, concreción y, en definitiva, modificación sustancial del borrador hecho público–, podemos concluir que nos encontramos ante lo que será un cambio profundo de la norma concursal, que, paradójicamente se produce poco antes de que se cumpla un año de la entrada en vigor del texto refundido aprobado el año pasado.

Rodrigo López González

Socio del Área de Procesal y Arbitraje y responsable de la práctica de Concursal de GA_P

La reforma que contempla el Anteproyecto afecta especialmente al escenario preconcurzal, en el que se plantean cambios profundos que tienen como finalidad principal la de potenciar la consecución de acuerdos entre deudor y acreedores, de tal forma que se obtenga una solución lo más temprana posible a los problemas de insolvencia que puedan presentar los deudores. En la práctica, los cambios introducidos en el Anteproyecto suponen una modificación total del planteamiento de los viejos artículos 5 bis, 71 bis y Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal, cuyos postulados se encuentran ahora integrados en los artículos 581 y ss., 596 y ss. y 605 y ss. del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Entre las novedades principales que nos traerá la reforma, si sigue la línea del Anteproyecto, cabría destacar las siguientes:

1. La reforma lleva aparejada la supresión de los Acuerdos extrajudiciales de pago y los Acuerdos de Refinanciación. En su lugar, se introducen los denominados como **Planes de Reestructuración**. El cambio, como veremos, no se limita a la denominación.
2. Además de la insolvencia inminente y de la actual ya conocidas, el Anteproyecto configura un nuevo estado, previo a dichos escenarios, que es la **probabilidad de insolvencia**. Dicho estado concurrirá cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un Plan de Reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones a sus fechas de vencimiento –lo que amplía considerablemente (ya con reconocimiento legal) el espectro de situaciones que permiten acudir a los instrumentos de reestructuración financiera contenidos en la normativa de insolvencias.
3. En cuanto a los **Planes de Reestructuración**, sus principales características y efectos son las siguientes:
  - Podrán pretender la modificación 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.
  - Cualquier crédito, incluidos (así se aclara expresamente) los créditos contingentes y sometidos a condición, puede ser afectado por el Plan de Reestructuración (únicamente se excluye a los créditos por alimentos, los derivados de daños extracontractuales o de relaciones laborales distintas de las del

personal de alta dirección, así como los créditos de derecho público). Esto es, la principal novedad que incluye el proyectado nuevo régimen es la posibilidad de afectar, también, el pasivo comercial.

- Para la aprobación del plan de reestructuración, los créditos afectados deben votar separados por clases según su naturaleza. Hasta ahora los acuerdos de refinanciación solo iban dirigidos, o al menos iban dirigidos principalmente, a la refinanciación del pasivo financiero; y, dentro de éste, la única configuración de clases que se preveía se reducía a la distinción entre pasivo dotado de garantías reales y sin ellas.

Para facilitar la formación de las clases, el Anteproyecto señala varios criterios que tratan de ser lo más objetivos posibles, como, por ejemplo, la existencia de un interés común entre los acreedores integrantes de misma clase o la formación de las clases según la clasificación de los créditos concursales y su orden de cobro en el marco del eventual concurso.

No obstante, el Anteproyecto contempla el mecanismo para resolver las discrepancias que pudieran surgir en relación a la configuración de las clases de acreedores, ya que permite que las mismas puedan ser planteadas al Juez competente para la homologación del Plan antes de que éste se haya sometido a aprobación.

- El plan se entenderá aprobado por cada clase de créditos si vota a favor más de los dos tercios del pasivo incluido en

esa clase. La mayoría se incrementa a los tres cuartos en la clase de créditos garantizados con garantía real. En caso de créditos sindicados, se aplicarán las mismas mayorías, salvo que en el propio pacto de sindicación se establezca un porcentaje inferior. De no obtenerse las mayorías necesarias, los votos de computarán individualmente.

- Otra de las novedades importantes introducidas por el Anteproyecto -en línea con las recomendaciones contenidas en la Directiva n.º 2019/1023, de 20 de Junio de 2019- es la posición de los socios cuando el Plan de Reestructuración afecta a sus derechos. Es decir, cuando la aprobación del Plan de Reestructuración implique medidas como ampliaciones de capital, modificaciones estructurales o disposición de activos esenciales que, bajo las reglas generales del derecho societario, requieren su consentimiento.
- Ante las diferentes opciones que planteaba la Directiva, el Anteproyecto opta por reconocer, como regla general, el derecho de voto (y, por tanto, la necesidad de su aprobación) de los socios cuando el plan de reestructuración afecte a sus derechos. A estos efectos, el Anteproyecto respeta que la voluntad social se conforme bajo las reglas aplicables al tipo societario en el que se enmarque el deudor, no siéndole por tanto aplicables a los socios las reglas previstas para los demás acreedores. Aunque se introducen determinadas especialidades con el fin de acelerar el proceso y facilitar la consecución de un acuerdo favorable al plan.
- En cuanto a la homologación judicial del Plan de Reestructuración, el Anteproyecto introduce las siguientes novedades:
  - En atención a lo dispuesto en la Directiva, se distingue entre dos tipos de supuestos, que corresponden con lo que doctrinalmente se conocen como “planes consensuales” y “planes no consensuales”.
  - Y, como también contempla la Directiva, en caso de encontrarnos ante un “plan no consensual”, se establece la posibilidad de llevar a cabo lo que en la terminología anglosajona se conoce como “cramdown” o “cross-class cramdown”, esto es, el arrastre de acreedores disidentes dentro de una clase que haya votado a favor, el arrastre a clases enteras de acreedores disidentes o incluso el arrastre a los propios socios, si la Junta ha votado en contra del plan.
  - Para ello será necesario que se cumplan al menos uno de los siguientes requisitos:
    - Que lo apruebe una mayoría simple de las clases, siempre que al menos una de ellas sea una clase de créditos que en el concurso habrían sido calificados como créditos con privilegio especial o general.
    - Que lo apruebe al menos una clase que pueda razonablemente presumirse que hubiese recibido algún pago tras una

valoración de la deudora como empresa en funcionamiento.

- Asimismo, el Anteproyecto modifica el régimen de impugnación de la homologación judicial e introduce dos vías:
  - Oposición previa al Auto de homologación. Si el solicitante de la homologación así lo requiere, podrá darse un trámite de oposición a las partes afectadas que se resolverá ante el Juzgado de lo Mercantil que deba acordar la homologación. En este caso, la Sentencia que dicte no será susceptible de recurso.
  - Impugnación posterior del Auto de homologación. Una vez dictado, el Auto podrá ser impugnado ante la Audiencia Provincial por quienes no lo hayan aprobado, ya sean acreedores, deudor o socios.
- En cuanto a la financiación otorgada al deudor en el marco del Plan de Reestructuración, el Anteproyecto establece lo siguiente:
  - Por un lado, introduce los conceptos de financiación interina (financiación puente) o financiación nueva.
  - Por otro, les concede a ambas financiaciones los siguientes beneficios en caso de concurso posterior:
    - No podrán ser objeto de acciones de rescisión si el Plan de Reestructuración hubiera afectado al menos al 51 % del pasivo total (salvo que se demuestre que

realizaron en fraude de acreedores). Tampoco podrán rescindirse, si se cumplen los mismos requisitos, los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto del Plan.

- El 50 % de ambas financiaciones tendrá la consideración de crédito contra la masa si el Plan de Reestructuración hubiera afectado al menos al 51 % del pasivo total.
- El Anteproyecto crea la figura del Experto en la Reestructuración, cuyas principales notas definitorias serían las siguientes:
  - Su nombramiento se producirá cuando lo solicite el deudor o un porcentaje significativo de los acreedores afectados por la reestructuración, cuando así lo crea conveniente el Juez o cuando se pretenda la homologación de un Plan de Reestructuración cuyos efectos deban extenderse a una clase de acreedores o a los socios que no hubieran votado a favor del Plan.
  - Las funciones del Experto en la Reestructuración serán asistir al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del Plan de Reestructuración, y elaborar los informes que la Ley y el Juez considere necesarios o convenientes.
- Por otro lado, el Anteproyecto contempla como novedad que, si se estuviera negociando un plan de reestructura-

ción, la solicitud de concurso presentada por el deudor podrá ser suspendida por el juez, a instancia del experto en la reestructuración, si hubiera sido nombrado, o de los acreedores que, en el momento de la solicitud, representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. En la solicitud deberá acreditarse la presentación de un plan de reestructuración por parte de los acreedores que tenga probabilidad de ser aprobado.

- Asimismo, el Anteproyecto introduce en los Planes de Reestructuración importantes novedades en cuanto al cumplimiento de los contratos suscritos por el deudor y que tratan de facilitar el objetivo final, que no es otro que el de la deudora pueda superar la situación en la que se encuentra. De entre dichas novedades podrían destacarse las siguientes:
  - Se establece la posibilidad de resolver contratos en interés de la reestructuración, incluidos, con alguna especialidad adicional, los contratos de alta dirección. Las discrepancias que puedan surgir a este respecto se resolverán en el trámite de impugnación u oposición al Plan y el Juez podrá acordar la reducción de las indemnizaciones pactadas.
  - Se regula expresamente que los contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor no podrán suspenderse, modificarse, resolverse o terminarse anticipadamente por el mero hecho de que el plan de

reestructuración conlleve un cambio de control del deudor.

4. Conviene señalar por último que el Anteproyecto contempla también modificaciones del proceso relativo a la **Comunicación de la Apertura de Negociaciones con los Acreedores** (el tradicional “5 bis” o “Preconcurso”). Entre dichas modificaciones, destacan las siguientes:

- Se incrementa de forma notable la información y documentación a aportar con la comunicación, dotando al procedimiento de una mayor seriedad y rigor. Entre la documentación que deberá aportarse se encuentra un listado de los acreedores con los que se haya iniciado o se tenga la intención de iniciar negociaciones, lo que va a permitir un mayor control judicial sobre la verdadera existencia de las negociaciones.
- Los efectos de la comunicación podrán prorrogarse por periodos sucesivos de 3 meses (hasta completar un máximo de 12), siempre que se tenga la conformidad de los acreedores que representen un 50 % del pasivo que vaya a quedar afectado por el Plan de Reestructuración (dicho porcentaje se elevará hasta un 60 % a partir de la primera prórroga).
- Durante los 3 meses siguientes a la comunicación de la apertura de negociaciones, no podrán suspenderse o resolverse anticipadamente, los contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.

- La comunicación suspenderá la ejecución de las garantías personales o reales prestadas por cualquier otra sociedad del grupo cuando se solicite expresamente y se acredite que la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia del garante y de la propia deudora.
  - En las sociedades de capital, mientras estén en vigor los efectos de la comunicación, quedará en suspenso el deber legal de acordar la disolución por existir pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social.
  - Cualquier acreedor podrá interponer recurso de reposición contra la resolución si considera que los bienes o derechos contra los que se siguen ejecuciones no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor o que los efectos de la comunicación no deben extenderse a determinadas garantías otorgados por terceros.
5. Finalmente conviene señalar que el Anteproyecto exceptúa de aplicación alguna de las reglas que se acaban de comentar en caso de que la deudora sea una sociedad con menos de 49 empleados, con un volumen de negocios anual inferior a 10 millones de euros y que no forme parte de un grupo obligado a consolidar. Para estas compañías regirá el denominado Régimen Especial en el que:
- La tramitación de solicitud de declaración de concurso presentada por el deudor no se podrá suspender a instancia de los acreedores, ni del experto en la reestructuración,
  - Los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones a solicitud del deudor sólo podrán prorrogarse por una sola vez.
  - Aunque no haya sido aprobado por todas las clases de acreedores, el Plan de Reestructuración podrá ser homologado si la clase o clases de acreedores que no lo hayan aprobado reciban un trato más favorable que cualquier otra clase de rango inferior.

Advertencia legal: Este boletín sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com, o diríjase al siguiente e-mail de contacto: info@ga-p.com.