

VIII FORO CONCURSAL DEL TAP

**Medidas para el mantenimiento de la viabilidad empresarial.
El Texto Refundido de la Ley concursal y su reforma**

TURNO DE ACTUACIÓN PROFESIONAL



ekonomistak
Euskal Elkargoa - Colegio Vasco

VIII FORO CONCURSAL DEL TAP

16 y 17 de diciembre de 2021

Auditorio Icaza (U. Deusto/La Comercial)



**Anteproyecto de reforma TRLC:
Los planes de reestructuración**

Carlos Nieto Delgado

Magistrado Juez Mercantil núm. 16 de Madrid

La Directiva sobre marcos de reestructuración: Introducción

- **La armonización del Derecho europeo de la insolvencia explicada a la luz de la evolución del Derecho internacional privado de la insolvencia:**
 - **Situación anterior al Reglamento 1346/2000:** el Convenio de Bruselas de 27.9.1968 excluye de su ámbito de aplicación los procesos concursales. Una resolución de apertura no es reconocida en los restantes Estados miembros, que pueden abrir sin límite procedimientos territoriales para la satisfacción de los acreedores locales. El proyecto de Convenio de 23.11.1995 fracasa
 - **Reglamento 1346/2000:** principio del COMI y reconocimiento automático de resoluciones, procedimientos territoriales y secundarios como excepción. La preconcursalidad excluida da pie al “turismo concursal”
 - **Reglamento 2015/848:** extensión del principio del COMI a la preconcursalidad. Reino Unido no comunica los “schemes” para su inclusión en el Anexo A lo que mantiene la posibilidad del “forum shopping”. Se impone la necesidad de armonización material de la preconcursalidad (inexistente p. ej. en Alemania). La nueva situación generada por la consumación del Brexit

La Directiva sobre marcos de reestructuración:

Introducción

- **Los datos económicos con los que trabaja la Comisión:**
 - En Europa se declaran 200.000 concursos al año, aproximadamente 600 al día. La mitad de las empresas no logra mantenerse más de cinco años
 - La tasa media de recuperación de créditos en Europa se sitúa en el 83% en caso de reestructuración, mientras que solo alcanza el 57% en caso de liquidación (en los peores casos Croacia, etc. un 30%). En los países que más apuestan por la preconcursalidad como Bélgica y Finlandia se alcanza el 90% de recuperación
 - En el año 2015 el Banco Central Europeo calcula que las “exposiciones no productivas” de las entidades financieras en procedimientos concursales alcanzan 980.000 millones de EUR
 - La mitad de los Estados de la Unión Europea tardan entre 2 y 4 años en tramitar un procedimiento de insolvencia

La Directiva sobre marcos de reestructuración: Introducción

- **Antecedentes:** 1) Resolución del Parlamento Europeo sobre procedimientos de insolvencia 2011/2006(in) de 17.10.2011; 2) Comunicación de la Comisión Europea sobre “Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial” COM(2012) 742 final de 12.12.2012; 3) Recomendación de la Comisión en materia de Reestructuración y Segunda Oportunidad C(2014) 1500 final de 12.3.2014; 4) Reforma del R. 1346/2000 por el R. 2015/848, de 20.5.2015 (en vigor desde el 26.6.2017)
- **Tramitación y aprobación:** 1) Propuesta de la Comisión de 22.11.2016 COM/2016/0723 final; 2) Aprobación por el Parlamento Europeo el 28.3.2019; 3) Aprobación por la sesión núm. 3697 del Consejo de 6-7 de junio de 2019 en Luxemburgo. Fecha límite de incorporación (con prórroga: 17.7.2022)
- **Exposición de Motivos (resumen para RF):** a) La diversidad legislativa dificulta la evaluación del riesgo en las inversiones transfronterizas; b) Los procedimientos de reestructuración deben ser preferidos frente a los procedimientos concursales porque en términos generales garantizan una mayor tasa de recuperación de créditos, resultan más rápidos y menos costosos ; c) no hay una mínima homogeneidad en UE en torno a: la propia existencia de tales procedimientos, suspensión de ejecuciones, mayorías exigidas, necesidad de confirmación judicial, etc. Motivación real: ¿turismo concursal/forum shopping?

La Directiva sobre marcos de reestructuración:

Introducción

- **Base jurídica:** 1) Artículo 53 TFUE (facilitar el acceso a actividades no asalariadas) (???); 2) Artículo 114 TFUE (aproximación de legislaciones para conseguir los objetivos del art. 26 TFUE: establecer un mercado interior sin fronteras interiores o garantizar su funcionamiento): se vincula al buen funcionamiento del mercado interior la eliminación de costes por evaluación de riesgos del crédito y costes por trasladados al extranjeros para obtener los beneficios de otra legislación en materia de segunda oportunidad
- **Ámbito de aplicación (art. 1.1.):** La Directiva regula: a) marcos de reestructuración preventiva; b) exoneración de empresarios individuales; c) eficiencia de los procedimientos.
- **Exclusiones subjetivas de la Directiva (art. 1.2):** 1) entidades de seguros, entidades de crédito, entidades de inversión colectiva, entidades de contrapartida central, depositarios de valores, entidades financieras (están sujetos a un régimen especial); 2) organismos públicos conforme al Derecho nacional; 2) Personas físicas no empresarias
- ***Opt in / opt out:*** a) Marcos de reestructuración sólo para personas jurídicas; b) Exoneración de deudas también para no empresarios
- **Exclusiones objetivas (EM):** la Directiva remite al Derecho nacional los conceptos de 1) Insolvencia; 2) Insolvencia inmediata; y 3) Pymes

El Anteproyecto de incorporación: Reformulación del Libro II TRLC

- El Anteproyecto da nueva redacción a los actuales arts. 583-720 que integran el vigente Libro II del TRLC (pasan a ser 583-686)
- Desaparece la disciplina diferenciada relativa a acuerdos extrajudiciales de pagos, acuerdos de refinanciación colectivos y singulares, acuerdos homologados, etc., sustituida por una categoría amplia de **planes de restructuración**
- De forma general, la nueva disciplina incluye, en paralelo con el concurso, **nuevos presupuestos objetivos** (insolvencia actual, inminente y probable) y **subjetivos del preconcurso** (cualquier persona natural o jurídica que desarrolle una actividad empresarial profesional, con exclusión de aseguradoras, entidades de crédito, empresas de inversión, entes de la organización territorial del Estado y Derecho público **y micropymes, que pasan a tener un régimen distinto en el Libro III**)
- La reforma afecta tanto a los hasta ahora denominados “acuerdos de refinanciación” como a las “comunicaciones de negociaciones”
- Desaparece el hasta ahora denominado “concurso consecutivo”

Comunicación de negociaciones

- Novedades en el contenido y documentación exigida para la solicitud (razones, lista acreedores, activo, trabajadores, bienes necesarios, contratos necesarios)
- Solicitud del deudor persona jurídica: órgano de administración
- Nueva competencia del JM en supuestos de solicitudes defectuosas (mediante auto)
- Cláusulas de salvaguardia para impedir los efectos negativos de la comunicación en contratos y créditos
- Nueva duración de la protección que otorga la comunicación: 3 meses, con sucesivas prórrogas trimestrales hasta un máximo de 12 meses (con una escala creciente de acreedores que deben respaldar la prórroga -50%-60%- , e intervención del experto en la reestructuración con informe favorable)
- Desapoderamiento del deudor para pedir el concurso voluntario: posibilidad de bloqueo por el experto en la reestructuración o los acreedores que titulen el 50% de pasivo, bajo condición de que se presente a homologación un plan de reestructuración en 1 mes

Los nuevos planes de reestructuración

- Nuevo concepto de “plan de reestructuración”: modificación de la composición, condiciones o estructura del activo, pasivo, fondos propios o venta de upas (planes liquidativos)
- Nuevo perímetro del pasivo refinaciado: posibilidad de inclusión de cualquier pasivo, incluyendo créditos contingentes y condicionales, con excepciones tasadas (alimentos, daños extracontractuales, obligaciones laborales, créditos de derecho público, créditos futuros)
- Posibilidad de inclusión en el plan de resoluciones forzosas de contratos con la correspondiente indemnización
- División de los acreedores en “clases” (interés común, equivalente al rango crediticio en el concurso): imperativamente, habrá al menos la clase de pequeñas y medianas empresas que deban soportar un sacrificio del 50% de su crédito y de los acreedores con garantía real
- Complejo sistema de aprobación del plan con efecto de “arrastre” (cramdown) con mayoría de los integrantes de cada clase (2/3 o ¾ en la clase de acreedores con garantía real) y posibilidad excepcional de homologación con mayoría de clases

Nuevos trámites de homologación judicial

- Los planes de reestructuración precisan obtener homologación judicial: a) si tienen que “arrastrar” a acreedores disidentes o socios disconformes; b) debe concederse un “blindaje” a la financiación interina o los actos de ejecución del plan
- La impugnación de la homologación pasa a ser competencia de la Audiencia Provincial. Se amplían los motivos de impugnación: irregularidades en la comunicación o aprobación, ausencia del presupuesto objetivo, falta de viabilidad,
- Se “incrusta” en la homologación, como un “incidente de previo pronunciamiento”, la demanda impugnatoria de los acuerdos sociales que hayan sido necesarios para la aprobación del plan (ampliaciones de capital, modificaciones estructurales...) con una severa limitación del derecho de información y de los motivos de impugnación.
- Posibilidad de impugnación específica de la resolución de contratos
- Desaparece la posibilidad de declaración judicial de incumplimiento del plan y resolución de sus efectos

La implementación de la figura del Experto en la Reestructuración

- Trazos básicos del Anteproyecto de trasposición:
 - se incorpora la idea de incompatibilidad entre AC y experto (art. 677)
 - se deslinda la figura del experto en reestructuraciones y experto para recabar ofertas de compra de UPAS (nuevo art. 224 ter, prepack catalán, balear, etc.)
 - se recoge un Título IV completo sobre el experto en reestructuración y su estatuto (arts. 674-683)

La implementación de la figura del Experto en la Reestructuración

- **Funciones del ER:** a) dictamina sobre la suspensión de ejecuciones (art. 603); b) sobre su prórroga (art. 609); c) sobre las prórrogas sucesivas (art. 610); o d) sobre la paralización del concurso necesario (art. 613)
- **Nombramiento:** se incorpora la idea de que incumbe al deudor o los acreedores “proponer” al ER. Una cosa es que el presupuesto del nombramiento sea en la Directiva en unos casos de oficio y en otros a instancia de parte. Otra distinta es que la “identidad del nombrado” deba ser la que propone el deudor o los acreedores. El ER tiene que informar sobre cuestiones en que lo exigible es que se pronuncie con absoluta independencia, que sólo se tiene si lo nombra la autoridad judicial (o administrativa: la que sea) al margen del deudor y los acreedores. Si lo trae la parte, ¿para qué lo tiene que nombrar el Juez? Bastaría con protocolizar el nombramiento!!!

La implementación de la figura del Experto en la Reestructuración

- **Condiciones subjetivas:** sólo se requiere que tenga conocimientos especializados y experiencia necesaria. No se precisa: a) titulación; b) años de experiencia (a diferencia del AC)
- **Regulación parcial:** en la Directiva parece desprenderse que el ER tiene hasta tres niveles distintos de intervención (asistir, supervisar y tomar control parcial de los activos). Pero el Anteproyecto sólo habla de asistencia a las partes negociadoras. Se deja sin regular una parte crucial del trabajo que en la Directiva tiene asignado el ER en escenarios en que durante la negociación el deudor debe ser supervisado o incluso el experto debe tomar el control parcial de su negocio (art. 594.2: se rechaza tajantemente cualquier efecto en las facultades patrimoniales del deudor)

Cuestiones dudosas y objeciones:

a) Micropymes

- **Regla de la exclusión:** el artículo 583.4 del Anteproyecto establece que los deudores incluidos en el ámbito de aplicación del Libro III se sujetarán exclusivamente a las disposiciones de ese Libro
- Queda fuera del Libro II cualquier persona natural o jurídica que: a) en el año anterior a la solicitud haya tenido menos de diez trabajadores; b) tenga un volumen de negocio anual inferior a dos millones de euros o un pasivo inferior a dos millones de euros. Según el propio Preámbulo del Anteproyecto, un 93,82% de las empresas españolas
- **Nueva preconcursalidad de las micropymes:** reducida a la comunicación “electrónica” de negociaciones de los arts. 691 y ss., cuya principal especialidad es que no cabe el nombramiento de experto de la reestructuración y se prohíbe la suspensión de la ejecución de créditos públicos. El Legislador “se desentiende” de la suerte de los acuerdos alcanzados durante las negociaciones
- **Crítica:** una parte importante de los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente ha beneficiado a empresas que tenían la condición de micropymes, disfrutando los finanziadores de la misma protección que en la financiación a grandes empresas. Resulta chocante que el efecto de la incorporación de la Directiva sea dejar fuera de la preconcursalidad a la mayoría del tejido empresarial español

Cuestiones dudosas y objeciones:

b) Planes y medidas societarias

- **Simplificación:** el art. 634 del Anteproyecto introduce un régimen especial simplificado y acelerado de convocatoria de Juntas Generales cuando la aprobación de un plan de reestructuración exija medidas societarias incluyendo: a) Reducción de los plazos de convocatoria a 10 días salvo sociedades con acciones admitidas a negociación (en lugar del plazo de un mes en la sociedad anónima o quince días en la limitada del art. 176 LSC); b) posibilidad de pedir la convocatoria judicial con la solicitud de homologación del plan; c) se desactivan los quórum y mayorías reforzados que por ley o estatutos fueran exigibles para la aprobación de los acuerdos y se excluye la posibilidad de añadir contenidos distintos en el orden del día; d) se restringe severamente el derecho de información del socio, que deberá ejercitarse con exclusiva referencia al orden del día; y e) la impugnación de los acuerdos adoptados se articula de un modo distinto al ordinario, debiendo hacerse valer como una cuestión de previo pronunciamiento en el trámite de impugnación de la homologación
- **Crítica:** no se comprende que la impugnación del acuerdo social sea una “cuestión de previo pronunciamiento” en la impugnación de la homologación, se trata de cuestiones distintas y separables, no se clarifica la interacción entre la resolución de una y otra

Cuestiones dudosas y objeciones:

c) Concurso necesario y planes

- **Solicitud de concurso necesario con efecto “dinamitador” de las negociaciones:** el art. 585.2 establece que no puede presentarse una comunicación de negociaciones si ha sido admitida a trámite una solicitud de concurso necesario
- No se permite la homologación de un plan de reestructuración si se ha admitido a trámite una solicitud de concurso necesario (el TRLC prohíbe la homologación sólo si el deudor ha sido declarado en concurso) (art. 639)
- **Crítica:** se potencia el efecto “extorsionador” de las solicitudes de concurso necesario, atribuyendo un efecto a la “admisión” a trámite del que carece. Debería facilitarse que a través de la refinanciación se superase la situación de insolvencia incluso para el deudor que ya ha entrado en concurso (o como mínimo antes de su declaración)

Cuestiones dudosas y objeciones:

d) Homologación y blindaje

- **El art. 698 del TRLC (anteriormente D. Ad. 4^a ap. 13) prohibían cualquier posibilidad de rescisión del acuerdo de refinanciación** así como de los actos, los negocios jurídicos y los pagos que se hubieran realizado en ejecución de esos acuerdos, cualquiera que fuera la naturaleza que tuvieran y la forma en la que consten, ni de las garantías que se hubieran prestado o constituido conforme a lo pactado en ellos
- El Anteproyecto amplía el perímetro de actos protegidos frente a la rescisoria en un posterior concurso de acreedores alcanzando a los actos u operaciones necesarios para el éxito de la negociación que así hubieran sido identificados en el propio plan (no se especifica si han de ser posteriores, coetáneos o incluso anteriores), a la financiación interina y a la nueva financiación, así como a los actos o negocios realizados en ejecución del plan.
- **Blindaje no absoluto:** pues se abre la posibilidad de rescisión si se acredita la concurrencia de fraude de acreedores (art. 670.1). Vuelve la inseguridad en cuanto al presupuesto de la rescisión
- **Crítica:** abrir la opción de rescisión por fraude debilita el escudo de protección de la refinanciación y puede restringir el crédito. Se han “olvidado” de mencionar la irrevocabilidad de los honorarios de los profesionales de la reestructuración (art. 18.4 de la Directiva)

Valoración global del Anteproyecto

- Mejora en la duración y efectos de la comunicación de negociaciones, en consonancia con la Directiva
- Mayor complejidad en el sistema de clases, mayorías y “arrastre”, necesariamente inferible de la Directiva (sistema británico de “schemes”)
- Reforma de la legislación societaria “conexa” en términos claramente defectuosos
- Decepcionante definición de la figura del Administrador de la reestructuración, tanto en lo concerniente a las condiciones subjetivas requeridas como en lo afectante a su nombramiento y funciones
- Lagunas de regulación en materias como la responsabilidad de los administradores en la probabilidad de la insolvencia o la participación de los trabajadores

GRACIAS POR SU ATENCIÓN