

Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el RD Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre reestructuración y solvencia)
[BOE-A-2022-14580]

**REFORMA DE LA LEY CONCURSAL: ORDENACIÓN DEL CONCURSO, PRECONCURSO
Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES PARA MICROEMPRESAS**

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) ha introducido novedades en relación a la prevención y tratamiento de la insolvencia más allá de las medidas de Derecho preconcursal dispuestas en su Libro segundo. De singular trascendencia resulta la incorporación de un Libro tercero en el que se recogen los procedimientos especiales de continuación y de liquidación para microempresas. Este libro configura un régimen exclusivo y excluyente para el tratamiento de la crisis del deudor microempresa que se encuentre bien en situación de probabilidad de insolvencia o en estado de insolvencia actual o inminente.

2. ALGUNAS NOVEDADES EN LA ORDENACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES

La Ley 16/2022, de 5 de septiembre ha modificado la determinación del alcance subjetivo del concurso de acreedores. Así, el concurso de acreedores se instituye como un mecanismo, no el único, para ordenar la insolvencia del deudor persona natural o jurídica que no merezca la consideración de microempresa conforme a lo dispuesto en el Libro tercero (arts. 1, 2 y 584 Texto Refundido de la Ley Concursal [TRLCon]).

En relación al presupuesto objetivo del concurso, se mantiene la reserva del concurso de acreedores para la ordenación de la insolvencia del deudor. Se introduce un referente temporal para la determinación de cuándo se entiende que el deudor se encuentra en estado de insolvencia inminente. El deudor se encuentra en estado de insolvencia inminente cuando prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2.3 TRLCon). Con anterioridad a la Ley 16/2022, no se incorporaba referencia temporal alguna para determinar el estado de insolvencia inminente en que pudiera encontrarse el deudor. Esta delimitación temporal tiene importancia asimismo a efectos de delimitar el estado de insolvencia inminente de la situación de probabilidad de insolvencia en que pueda encontrarse el deudor. El deudor se encuentra en situación de probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años. La situación de probabilidad de insolvencia en que se encuentre el deudor no se instituye en presupuesto objetivo del concurso de acreedores, pero sí permite que no sólo el deudor insolvente pueda solicitar al juzgado competente para la declaración de concurso el nombramiento de un experto independiente para que recabe ofertas de adquisición de unidades productivas (pre-pack concursal; arts. 224 y ss. TRLCon).

La Ley 16/2022 introduce asimismo novedades en relación a las normas para el reparto de las solicitudes de concurso y los plazos para la declaración de concurso voluntario y para la tramitación del concurso necesario. Se prevé que, tanto cuando sea el deudor el que inste su concurso o éste se inste por legitimado distinto, la solicitud de concurso se reparta y remita a la oficina judicial que corresponda el mismo día de la presentación o el día siguiente hábil. El mismo día o, si no fuera posible, en el día hábil siguiente al del reparto, el juez competente examinará la solicitud (arts. 10.1 y 14.1 TRLCon).

Se ha introducido, asimismo, un nuevo régimen para el concurso sin masa. Se enumeran los presupuestos alternativos cuya concurrencia permite que se declare el concurso sin masa. Así se prevé que el concurso de acreedores pueda declararse incluso cuando no haya masa, bien porque el concursado carezca de bienes y derechos que sean legalmente embargables; porque el coste de realización de los bienes y derechos del concursado fuera manifiestamente desproporcionado respecto al previsible valor venal; porque los bienes y derechos del concursado libres de cargas fueran de valor inferior al previsible coste del procedimiento, o bien porque los gravámenes y cargas existentes sobre los bienes y derechos del concursado lo sean por importe superior al valor de mercado de esos bienes y derechos.

Así, si de la solicitud de declaración de concurso y de los documentos que la acompañan resulta que el deudor se encuentra en cualquiera de las situaciones referidas, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores, con expresión del pasivo y sin ulteriores pronunciamientos. Se dará publicidad a la declaración de concurso sin masa, y se llamará al acreedor o acreedores que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo a fin de que, en el plazo de quince días a contar del siguiente a

la publicación del edicto, puedan solicitar el nombramiento de un administrador concursal para que presente un informe documentado y razonado sobre si existen indicios suficientes de actuaciones del deudor perjudiciales para la masa activa susceptibles de ser rescindidas; la posibilidad del ejercicio de la acción social para exigir la responsabilidad de administradores y liquidadores de derecho o de hecho del deudor persona jurídica o de que el concurso pueda ser calificado de culpable. Si el administrador concursal apreciase la concurrencia de alguna de las anteriores circunstancias, el juez dictará un auto complementario con los demás pronunciamientos de la declaración de concurso (arts. 37 bis y ss. TRLCon).

También se incorporan nuevas disposiciones relativas a los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. La resolución del contrato por incumplimiento resulta en la extinción de las obligaciones pendientes de vencimiento. Ahora bien, se prevé expresamente cómo a efectos de su tratamiento en el concurso se distingue en relación al momento en que tenga lugar el incumplimiento del deudor. Si el incumplimiento del concursado hubiera tenido lugar con anterioridad a la declaración de concurso, el crédito que titule el acreedor que hubiera cumplido con sus obligaciones y el correspondiente a la indemnización por los daños y perjuicios causados tendrán la consideración de crédito concursal cualquiera que hubiera sido la fecha de la resolución (nueva redacción del art. 163.2 TRLCon). Sin embargo, si el incumplimiento del concursado fuera posterior a la declaración de concurso, el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones y el correspondiente a la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento tendrán la consideración de crédito contra la masa (nuevo art. 163.3 TRLCon). Cuando se hubiera ejercitado la acción por la que se inste la resolución por incumplimiento del contrato, el concursado o la administración concursal podrán oponerse a la resolución y solicitar al juez del concurso el mantenimiento en interés del concurso de los efectos del contrato incumplido (nuevo art. 164.1 TRLCon). Si el incumplimiento hubiera sido posterior a la declaración de concurso, el mantenimiento de los efectos del contrato dependerá de que se paguen con cargo a la masa las cantidades adeudadas dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la sentencia que estime la oposición (nuevo art. 164.3 TRLCon).

A diferencia del régimen previgente, el recurso a los expertos independientes encargados de la valoración de elementos de la masa activa no requiere de autorización judicial (art. 203.1 TRLCon).

Se modifica igualmente el artículo 226 TRLCon a efectos de ampliar el ámbito temporal de las acciones rescisorias concursales. Son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la solicitud de la declaración de concurso, así como los realizados desde esa fecha hasta la de la declaración. Pero, también, se declara la rescindibilidad de lo actuado en perjuicio de la masa activa por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la comunicación de la existencia de negociaciones con los acreedores o la intención de iniciarlas, para alcanzar un plan de reestructuración, así como los realizados desde esa fecha al a de la declaración de concurso, aunque no hubiere existido

intención fraudulenta, siempre que no se hubiera aprobado un plan de reestructuración o que, aun aprobado, no hubiera sido homologado por el juez o que el concurso se declare dentro del año siguiente a la finalización de los efectos de la comunicación o de la prórroga que se hubiera concedido.

En virtud de la Ley 16/2022 se modifica la relación ejemplificativa de créditos contra la masa dispuesta en el art. 242.1 TRLCon. Así, por ejemplo, tienen consideración de créditos contra la masa los créditos por la retribución del experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva (art. 242.1.9.º TRLCon). También merece la consideración de créditos contra la masa el cincuenta por ciento del importe de los créditos derivados de la financiación interina o de la nueva financiación concedidos en el marco de un plan de reestructuración homologado cuando los créditos afectados por ese plan representen al menos el cincuenta y uno por ciento del pasivo total. Se establece una regla especial para el caso en que la financiación se comprometa o conceda por personas especialmente relacionadas con el deudor. En estos casos se requiere que los créditos afectados por el plan representen más del sesenta por ciento del pasivo total, con deducción de los créditos de aquellas para calcular esa mayoría (art. 242.1.17.º TRLCon).

En relación a la solución convenida del concurso se incorporan novedades relevantes. La presentación de la propuesta de convenio puede tener lugar bien por el concursado o por los acreedores. El deudor podrá presentar la propuesta anticipada de convenio con la solicitud de la declaración de concurso o en cualquier momento posterior, siempre que no hayan transcurrido quince días a contar desde la presentación del informe de la administración concursal. La propuesta de convenio podrá presentarla el deudor acompañada o no de las adhesiones que considere conveniente (nueva redacción del art. 337 TRLCon). Esta posibilidad se reconoce también al acreedor o acreedores cuyos créditos superen una quinta parte del pasivo. Podrán presentar sus propuestas de convenio desde la declaración del concurso hasta transcurridos quince días desde la presentación del informe de la administración concursal (art. 338 TRLCon). A efectos de agilizar la tramitación del concurso, el juez abrirá la fase de liquidación si la propuesta o propuestas no se hubieran admitido a trámite o si, transcurridos tres días desde la finalización del plazo para presentar propuestas de convenio no se hubiera presentado ninguna (arts. 339 y 340 TRLCon).

Tras la reforma introducida por la Ley 16/2022, y a efectos de coordinar el régimen del convenio con el de la adopción de los planes de reestructuración, desaparece la opción de que disponía el deudor de presentar una propuesta anticipada de convenio. Cuando el deudor presentaba la propuesta anticipada de convenio con la solicitud de concurso voluntario, había de venir acompañada de adhesiones de acreedores que representasen un porcentaje determinado del pasivo. Se habilitaba la posibilidad de que la propuesta anticipada de convenio se tramitase durante la fase común e, incluso, que el concurso se agotase en la fase común, cuando la propuesta de convenio fuese aceptada por contar con las adhesiones necesarias. Así pues, salvo que se hubiera aprobado convenio anticipado, el juez del concurso, en el auto por el que ponía fin a

la fase común, se hubieran o no presentado propuestas, ordenaba la convocatoria de la junta de acreedores para su celebración. En efecto, bajo el Derecho previgente se preveía la posibilidad de que se tramitasen propuestas de convenio, no anticipadas, durante la fase de convenio. Y, a estos efectos, se introducía una sección específica, artículos 360 a 375 TRLCon, que regulaba la aceptación de estas propuestas diferenciando entre si la aceptación tenía lugar mediante acuerdo adoptado en junta de acreedores o de forma escrita, sin necesidad de convocatoria y constitución de junta. Ahora se prevé que las propuestas de convenio se acepten por los acreedores mediante adhesión (art. 351.1 TRLCon).

En relación a la ejecución del convenio, se han introducido dos disposiciones específicas referidas a los convenios que hubieran previsto la conversión de créditos concursales en acciones o participaciones de la sociedad deudora (art. 399 bis TRLCon). Igualmente se ha introducido una disposición específica para el supuesto en que en el convenio se hubiera previsto la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo. En estos casos, los acreedores concursales no tendrán derecho de oposición (art. 399.1 ter TRLCon). La inscripción de la fusión, de la escisión total o la cesión global de activo y pasivo que produzca la extinción de la sociedad declarada en concurso será causa de conclusión del concurso de acreedores (art. 399 ter.2 TRLCon).

Por otro lado, el legislador reformador ha introducido un nuevo artículo 401 bis TRLCon. En esta disposición se sanciona, con vocación de permanencia, la admisibilidad de la modificación del convenio cuando concurren los presupuestos legalmente dispuestos toda vez que la propuesta de modificación del convenio no es una iniciativa discrecional del concursado. La propuesta de modificación debe fundarse en el riesgo de incumplimiento del convenio que no sea imputable al propio concursado a título de dolo, culpa o negligencia. La aprobación de la modificación del convenio, por otro lado, se hace depender de la viabilidad de la empresa.

El preámbulo de la Ley 16/2022 incidía en la necesidad de superar la traba que suponía la exigencia de que el juez aprobase el plan de liquidación a efectos de agilizar la tramitación del concurso de acreedores. La principal novedad introducida por la Ley 16/2022 ha sido la supresión del plan de liquidación. El plan de liquidación servía para fijar las operaciones necesarias para la enajenación de los bienes y derechos de la masa activa para aplicar sus resultados a la satisfacción de los créditos concursales. A efectos del diseño del plan de liquidación, la administración concursal había de guiarse por criterios de conveniencia y oportunidad atendiendo siempre el interés del concurso. El artículo 415 TRLCon establece las reglas especiales de liquidación en el concurso, si bien la fijación de estas reglas corresponde al juez del concurso. De este modo, la función del juez del concurso deja de ser supervisora. Se faculta al juez del concurso para determinar las reglas que rigen las operaciones de liquidación sin perjuicio de que su ejecución se confíe a la administración concursal.

Se prevé que la sección sexta se abra en la misma resolución que ponga fin a la fase común en el concurso, con independencia de la que sea su solución. A través de esta previsión se busca anticipar la tramitación de la Sección sexta (art. 446.1 TRLCon).

Se prevé que los acreedores puedan presentar un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación culpable del concurso; se prescinde del informe del Ministerio Fiscal (art. 449 TRLCon). En caso de que en alguno de los informes de calificación se pusiera de manifiesto la posible existencia de un hecho constitutivo de delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, el juez lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal por si hubiera lugar al ejercicio de acción penal (art. 450 bis TRLCon). Se admite expresamente ahora la posibilidad de transacción. Así, se prevé que la administración concursal, los acreedores que hubieran presentado informe de calificación y las personas que según cualquiera de esos informes pudieran quedar afectadas por la calificación o ser declaradas cómplices podrán alcanzar un acuerdo transaccional sobre el contenido económico de la calificación (art. 451 bis TRLCon). El artículo 452 TRLCon modifica el régimen de formación de la sección de calificación en caso de incumplimiento de convenio.

El artículo 486 TRLCon contempla dos posibles vías de exoneración del pasivo insatisfecho dependiendo de si se ha liquidado o no el patrimonio del deudor. A través del mecanismo de la exoneración con sujeción a un plan de pagos sin previa liquidación de la masa activa se procura una segunda oportunidad real al deudor para que pueda continuar con su actividad; lo que no sería posible si tiene que liquidar su masa activa, lo que conduciría definitivamente al cese de su actividad empresarial o profesional. Este régimen se contempla en los arts. 495 a 500 bis TRLCon. A este procedimiento de exoneración de pagos no pueden acudir las personas físicas que puedan calificarse como microempresas ex artículo 685 TRLCon, que deben acudir necesariamente al procedimiento regulado en los artículos 687 y ss. TRLCon. En este procedimiento sólo se puede llegar a la exoneración tras la apertura de la fase de liquidación. El artículo 715, en sede de procedimiento especial para microempresas, prevé que en caso de deudor empresario o profesional persona física, una vez terminada la liquidación y distribuido el remanente, podrá el deudor que reúna los requisitos legales para ello solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho conforme a lo dispuesto en el Libro primero TRLCon.

La segunda posibilidad de acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho presupone la liquidación de la masa activa. A la exoneración con liquidación de la masa activa se accede, por tanto, en el caso de que la conclusión del concurso se produzca finalizada la fase de liquidación de la masa activa o bien atendida la insuficiencia de la masa para satisfacer los créditos contra la masa (arts. 501 y 502 TRLCon).

3. EL DERECHO PRECONCURSAL. LIBRO SEGUNDO TRLCON

Al igual que sucede en relación a las disposiciones ordenadoras del concurso de acreedores contenidas en el Libro primero, las normas contenidas en el Libro segundo TRLCon no se orientan a prevenir ni a ordenar la insolvencia del deudor en que concurra

la condición de microempresa en los términos dispuestos en el Libro tercero TRLCon. No obstante, este Libro segundo incorpora algunas previsiones específicas en materia de comunicación del inicio de negociaciones y de aprobación de un plan de reestructuración para el supuesto en que en el deudor se trate de una pequeña empresa. Así, pueden acogerse al régimen especial los deudores que en su volumen de negocios anual no superen los diez millones de euros y que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior no sea superior a cuarenta y nueve personas (art. 682 TRLCon).

Aunque el Libro segundo TRLCon se presente bajo la referencia [D]el Derecho Preconcursal, lo cierto es que a los institutos o procedimientos preconcursales que refiere, la comunicación del inicio de negociaciones y los planes de reestructuración, pueden acceder no sólo los deudores que se encuentren en situación de probabilidad de insolvencia, sino, también, los que se encuentren en estado de insolvencia ya sea actual o inminente (art. 584.1 TRLCon). Ahora bien, en estos últimos supuestos, siempre que el plan de reestructuración que se apruebe asegure la viabilidad de la empresa a corto y medio plazo (art. 638.1 TRLCon).

Así pues, las previsiones contenidas en el Libro II TRLCon habilitan una función doble y alternativa orientada tanto a evitar como también a prevenir la insolvencia. No obstante, la circunstancia de que el deudor se encuentre en situación de probabilidad de insolvencia o en estado de insolvencia tiene incidencia en las exigencias para que se apruebe el plan de reestructuración. Si el deudor se encuentra en situación de probabilidad de insolvencia, el plan no puede ser impuesto a la sociedad o a sus socios. Ha de ser aprobado por éstos. Sin embargo, si el deudor se encuentra en estado de insolvencia el plan puede ser homologado por el juez sin necesidad de ese acuerdo, a no ser que el deudor sea una persona natural o una sociedad con socios que puedan llegar a responder personalmente por las deudas sociales (arts. 635 y 640 TRLCon).

El Título II del Libro segundo TRLCon se dedica a la comunicación de apertura de negociaciones a los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración.

Se le reconoce al deudor un plazo de tres meses desde la comunicación del inicio de negociaciones para tratar de lograr un plan de reestructuración. Este plazo inicial es susceptible de prórroga cuando concurren determinadas circunstancias durante tres meses más (art. 607 TRLCon).

La comunicación de que el deudor ha iniciado o tiene voluntad de iniciar negociaciones con sus acreedores para tratar de alcanzar un plan de reestructuración no tiene ningún efecto sobre las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor. Así pues, el deudor continuará llevando a cabo sus actividades empresariales y profesionales (debtor in possession; art. 594 TRLCon).

Sin perjuicio de lo anterior, la comunicación despliega otros efectos orientados a tratar de asegurar que efectivamente pueda alcanzarse un plan de reestructuración que permita al deudor superar su estado de crisis. Comunicada al juzgado el inicio o la voluntad de iniciar negociaciones con los acreedores para tratar de alcanzar un acuerdo de reestructuración del activo, del pasivo o de ambos se paralizan o suspenden

temporalmente las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, sobre los bienes de titularidad del deudor que sean necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor (arts. 600 a 606 TRLCon).

La comunicación tiene igualmente efectos sobre los créditos a plazo y sobre las garantías personales o reales de terceros (arts. 595 y 596 TRLCon). En línea de principio, la comunicación del inicio de negociaciones no impide que, una vez vencida la obligación principal, un acreedor que goce de garantía personal o real prestada por un tercero pueda dirigirse contra la masa para satisfacer su crédito. Si bien esto es así, se introduce como excepción la posibilidad de que el deudor inste que los efectos suspensivos de la comunicación se extiendan a las garantías reales o personales presentadas por terceros pertenecientes al mismo grupo de sociedades que la deudora principal. A estos efectos el deudor debe poder justificar que la ejecución de la garantía puede llegar a precipitar tanto la insolvencia de la sociedad garante como la del deudor, lo que es susceptible de hacer fracasar las negociaciones.

La comunicación de negociaciones también despliega sus efectos sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. La comunicación no afecta a la vigencia de estos contratos. Son ineficaces las cláusulas negociales que prevean la resolución de los contratos por la circunstancia de que alguna de las partes comunique el inicio de negociaciones con sus acreedores (art. 597 TRLCon). Se incorporan, igualmente, disposiciones específicas que inciden en cómo afecta la comunicación de la existencia de negociaciones a los contratos de suministro de bienes o de energía al deudor (art. 598 TRLCon). Con todas estas disposiciones se trata, en definitiva, de que el deudor pueda continuar con su actividad durante las negociaciones y, en su caso, facilitar la adopción y ejecución del plan de reestructuración.

La comunicación del inicio de negociaciones también despliega sus efectos sobre determinados deberes legales del deudor. Así, por ejemplo, en relación a su deber de instar la declaración de concurso y el deber de promover la disolución de la sociedad cuando esté incurso en causa de disolución por pérdidas cualificadas (arts. 612 y 613 TRLCon). En relación a la primera, se busca evitar que el deudor en estado de insolvencia condicione o frustre las negociaciones instando la declaración de su concurso de acreedores. En caso de que el deudor inste su concurso, el juez puede suspender los efectos de la solicitud cuando existan probabilidades de que se alcance un plan de reestructuración en un plazo breve. En el segundo supuesto, suspensión del deber del deudor en situación de desbalance grave del deber de promover la disolución de la sociedad, se trata de que el cumplimiento del referido deber no resulte en la apertura de la liquidación de la sociedad con lo que se frustraría la adopción del plan.

Además de atender a los efectos de la comunicación del inicio de negociaciones con sus acreedores, el Libro segundo del TRLCon determina el régimen aplicable a los planes de reestructuración, su aprobación y homologación judicial.

La referencia a plan de reestructuración en lugar de acuerdo de reestructuración pone de manifiesto cómo cabe la posibilidad de que, concurriendo determinadas

exigencias, el plan de reestructuración se imponga a los acreedores disidentes o incluso a los socios del deudor.

Los planes de reestructuración pueden adoptarse tanto cuando el deudor se encuentre en situación de probabilidad de insolvencia o en estado de insolvencia actual o inminente. La situación o estado en que se encuentre el deudor tiene trascendencia a efectos de la adopción del plan de reestructuración. Cuando la insolvencia es probable, el plan de reestructuración requiere la aprobación de la sociedad deudora o de los socios. Sin embargo, si el deudor se encuentra en estado de insolvencia actual o inminente el plan puede ser homologado por el juez. La homologación judicial tiene importantes efectos toda vez que los efectos del plan pueden extenderse a los acreedores o clases de acreedores que no hubieran votado a favor del plan y a los socios de la sociedad deudora sin necesidad de acuerdo, salvo que el deudor sea una persona natural o sea sociedad que tenga socios legalmente responsables de las deudas sociales (arts. 635.1.º; 639 y 640 TRLCon).

En efecto, el recurso al régimen del plan de reestructuración será necesario cuando se pretendan extender los efectos de la reestructuración financiera del deudor en dificultades a acreedores disidentes dentro de una clase, a clases enteras de acreedores disidentes o incluso a los socios. En definitiva, cuando se excepcione el juego de las reglas generales del Derecho civil o mercantil. Aprobado y homologado el plan de reestructuración, los actos o negocios que incorpore quedarán protegidos frente al ejercicio de las acciones rescisorias concursales en el caso de que llegue a abrirse posteriormente el concurso (art. 635.3.º TRLCon).

El régimen de la adopción de los planes de reestructuración descansa sobre el principio mayoritario. El plan debe ser aprobado por las clases de créditos afectados. A estos efectos se reconoce a todos los titulares de créditos que vayan a verse afectados por el plan de refinanciación un derecho de voto ponderado en función del importe nominal del su crédito (arts. 616; 622 y 628 TRLCon). Se entiende que el mejor indicio de la razonabilidad del plan —incluida su necesidad e idoneidad para asegurar la continuidad de la empresa deudora— resulta de que una mayoría cualificada de acreedores esté dispuesta a asumir el sacrificio que el plan demanda.

A estos efectos, se entenderá que el plan se aprueba por cada clase de créditos si vota a favor de la adopción del plan más de los dos tercios del pasivo incluido en cada clase (art. 629.1 TRLCon). Para que el plan se extienda a los créditos que disfrutan de garantía real, la exigencia de mayoría conforme con el plan se incrementa a los tres cuartos del pasivo correspondiente a esta clase de créditos (art. 629.2 TRLCon). Una de las cuestiones más complejas es la relativa a la posición de los socios de la sociedad deudora cuando el plan de reestructuración pueda incidir en sus derechos. No es infrecuente que cuando el deudor sea una sociedad el plan de reestructuración de su activo y pasivo requiera de ciertas medidas como, por ejemplo, la adopción de acuerdos de ampliación de capital, de modificaciones estructurales o de disposición de activos esenciales. Medidas que, bajo las reglas generales del Derecho societario, han de ser sometidas al escrutinio y aprobación de la asamblea de los socios. Así las

cosas, el TRLCon reconoce el derecho de voto a los socios de la sociedad deudora cuando el plan de reestructuración afecte a sus derechos (art. 631 TRLCon). No obstante, cuando la sociedad deudora se encuentre en estado de insolvencia actual o inminente podrá homologarse el plan de reestructuración incluso en contra de la voluntad de los socios (art. 640.2 TRLCon). Esta injerencia del Derecho preconcursal en el societario se justifica por el legislador en la necesaria tutela de los acreedores sociales. Se entiende así que debe optarse por la prevención de conductas oportunistas de los socios de la sociedad insolvente para evitar que primen sus intereses en detrimento del de los anteriores.

En efecto, como se ha señalado, la referencia a los planes de reestructuración en lugar de a los acuerdos de reestructuración es indicativa de cómo su adopción puede suponer la extensión de sus efectos a acreedores y, en su caso, también a socios disidentes. Se admite así la homologación de planes de reestructuración que no han sido aprobados por todas las clases de acreedores o, como se acaba de ver, por los socios cuando el deudor sea una persona jurídica e incorpore medidas que requieran acuerdo de la junta general (plan no consensual). Aprobado el plan, se impone a los acreedores disidentes, ya se encuentren dentro de una clase de acreedores adherente o disidente, *cramdown*. Pero, también, puede suceder que clases enteras de acreedores disidentes puedan verse arrastradas y hayan de asumir el plan, *cross class cramdown*.

Para que se homologue el plan de reestructuración es suficiente con que se haya aprobado por una mayoría simple de las clases en que se divide el pasivo entre las cuales, al menos una de ellas debe ser una clase integrada por créditos con privilegio especial o general. O, en caso de que no exista una clase que integre créditos con privilegio general o especial, por al menos una clase de acreedores distinta de la de los socios; y de cualquier otra clase que no hubiese recibido pago alguno o conservado ningún derecho o interés aplicando los rangos concursales previstos en el TRLCon, en caso de valoración del deudor como empresa en funcionamiento (*going concern*; art. 639 TRLCon).

Queda por señalar cómo se forman las clases de créditos a los efectos de computar las mayorías. El parámetro principal para la formación de las clases de créditos es, precisamente, las clases de créditos concursales. Esto es, la clasificación de los créditos en el concurso. Los créditos con rangos concursales distintos deben separarse en clases distintas (art. 623.2 TRLCon). No obstante, el TRLCon también admite que créditos del mismo rango se separen por clases teniendo en cuenta circunstancias tales como su naturaleza financiera o no financiera; el activo sobre el que recae su garantía cuando se trate de créditos que disfruten de garantía; cómo vayan a quedar afectados por el plan de reestructuración; la circunstancia de que aun siendo créditos de distinta naturaleza vayan a recibir instrumentos de naturaleza distinta; y, en particular, deberán constituir una clase de créditos separada los titulares de los créditos que sean pequeñas y medianas empresas y el plan de reestructuración suponga para ellas un sacrificio superior al cincuenta por ciento del importe de su crédito. El paradigma de

sacrificio a estos efectos estaría constituido por las quitas y condonaciones de deuda (art. 623.3 TRLCon).

En lo que al contenido del plan de reestructuración se refiere, su adopción no puede suponer que los acreedores hayan de soportar un sacrificio de sus créditos manifiestamente mayor del necesario para asegurar la viabilidad de la empresa. El plan habrá de superar, además, la denominada prueba del interés superior de los acreedores. Esto es, que la situación en que queden los acreedores una vez se apruebe el plan de reestructuración resulte preferible a aquella en la que se encontrarían en el concurso de acreedores que se resuelva a través de la liquidación de los bienes del deudor, singularmente o como unidad productiva (art. 654.7.º TRLCon). Cuando el plan no se apruebe por todas las clases de créditos o por los socios, plan no consensual, el TRLCon exige el respeto de la denominada regla de la prioridad absoluta que supone que nadie pueda cobrar más de lo que se debe, ni menos de lo que merece. Así, ninguna clase de acreedores afectados por el plan puede recibir como consecuencia de su ejecución derechos de crédito, acciones o participaciones con un valor actual neto que supere el importe de sus créditos, acciones o participaciones antes del plan (art. 655.2.2.º TRLCon). Por otro lado, la exigencia de que ningún acreedor reciba menos de lo que se merece supone que ninguna clase discrepante reciba un trato menos favorable que cualquier otra del mismo rango (art. 655.2.3.º TRLCon). Y, por otro lado, no debe recibir a consecuencia de la ejecución del plan de reestructuración derechos de crédito, acciones o participaciones, con un valor actual inferior al importe que tenían sus créditos antes del plan de reestructuración si una clase de rango inferior está recibiendo cualquier pago o conserva cualquier derecho, acción o participación tras el plan (art. 655.2.4.º TRLCon). La concurrencia de esta regla de la prioridad absoluta requiere respetar, por tanto, los rangos crediticios que hubieran negociado anteriormente los acreedores con el deudor. Pero, además, ofrece un marco más sencillo para la negociación entre las distintas clases y para la posterior homologación judicial del plan. No obstante, esta regla de la prioridad absoluta es susceptible de ser flexibilizada a efectos de garantizar la viabilidad de la empresa y no perjudicar injustificadamente los derechos de las clases de acreedores afectados que hayan votado en contra del plan (art. 655.3 TRLCon).

El régimen de los planes de reestructuración establece ciertas especialidades en relación a las personas naturales o jurídicas que no alcancen ciertos umbrales y, sin embargo, no tengan la consideración de microempresa conforme a las previsiones del Libro tercero TRLCon (art. 682 TRLCon). Atendida la composición de la base subjetiva de estas empresas, se ha advertido que, a diferencia de lo que sucede en la gran empresa social, en estos casos los socios de la deudora no tienen una posición meramente inversora. La contribución a la actividad del empresario social va más allá de sus aportaciones al capital. Atendida esta circunstancia se excluye la posibilidad de imponer un plan de reestructuración que no cuente con la aprobación de los socios cuando la sociedad deudora sea una pequeña o mediana empresa (art. 684.2 TRLCon).

Con la finalidad de facilitar la adopción de planes de reestructuración y reducir sus costes, se prevé en el TRLCon la elaboración de unos modelos oficiales de planes de reestructuración para que sean utilizados, preferentemente, cuando el deudor tenga la consideración de pequeña y mediana empresa (art. 684.1 TRLCon).

5. LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES PARA MICROEMPRESAS. LIBRO TERCERO TRLCON

El Libro tercero TRLCon incorpora los denominados procedimientos especiales para microempresas. Merecen la consideración de microempresas aquellas empresas que hayan empleado durante el año anterior a la solicitud de inicio del procedimiento especial una media de menos de diez trabajadores y tengan un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud (art. 685 TRLCon).

La necesidad de estos procedimientos especiales para microempresas la justifica el legislador en que el concurso de acreedores responde a un procedimiento de corte clásico, formal y con un fuerte contenido procesal, lo que comporta, en su implementación, unos costes fijos altos, con independencia del tamaño de la empresa concursada. A esto se une que las microempresas suelen acceder al procedimiento concursal cuando su situación financiera se ha deteriorado tanto y queda tan poco valor en la empresa que cualquier solución reorganizativa resulta poco viable. Así las cosas, no es infrecuente que la propia estructura procesal del concurso genere más costes que el valor residual que queda en la empresa insolvente.

Los procedimientos especiales para microempresas incorporan medidas dirigidas, precisamente, a solucionar este problema. Los procedimientos especiales para microempresas tienen carácter exclusivo y excluyente. Las microempresas no tienen acceso al concurso ni, tampoco, a los acuerdos de reestructuración. No obstante, las reglas contenidas en los Libros primero y segundo TRLCon son de aplicación supletoria en los procedimientos especiales para microempresas (art. 689.1 TRLCon).

Cuando la microempresa quiera acceder a un procedimiento especial de continuación o de liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento puede abrir negociaciones con sus acreedores a efectos de prepararlo (art. 690.1 TRLCon). La comunicación del inicio de estas negociaciones produce efectos al objeto de preservar un estado que permita la adopción del plan especial de continuación o, en su caso, de la liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento (art. 689.1 TRLCon). Para ello se dispone de tres meses no prorrogables a efectos de tratar de preparar un plan de continuación o la enajenación de la empresa en funcionamiento. Durante este período de negociación quedan suspendidas las ejecuciones singulares (arts. 690.3.3.º; 690.4 TRLCon).

Las microempresas que se encuentren en situación de probabilidad de insolvencia, estado de insolvencia inminente o insolvencia actual podrán acceder al procedimiento especial de continuación o de liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento (arts. 686.1 y 686.3 TRLCon). Si la microempresa se encuentra en estado de insolvencia inminente o actual podrá acceder al procedimiento de liquidación sin transmisión de la empresa en funcionamiento.

Pueden solicitar la apertura del procedimiento especial el deudor, los acreedores y los socios que sean personalmente responsables (arts. 691.1 y 691 ter.1 TRLCon). El solicitante debe elegir el inicio de un procedimiento de continuación o uno de liquidación (arts. 693.1; 691.3.4.º y 691 ter.2.4.º TRLCon). En el caso de que el solicitante sea un acreedor o un socio que sea personalmente responsable por las deudas sociales, el deudor puede rechazar el procedimiento que se hubiese instado bien imponiendo la liquidación si se hubiera instado un procedimiento especial de continuación; y si se solicitó la apertura de un procedimiento de liquidación, el deudor puede poner en marcha un procedimiento de continuación. También puede oponerse a la apertura del procedimiento especial instado probando que no se encuentra en estado de insolvencia actual (art. 691 quinquies TRLCon). Abierto un procedimiento de continuación, los acreedores que representen una mayoría del pasivo podrán, en cualquier momento y concurriendo las exigencias legales pertinentes, forzar la liquidación en el caso de que el deudor se encuentre en estado de insolvencia actual (arts. 693.2 y 693.3 TRLCon).

El procedimiento especial de continuación es un procedimiento abreviado en el que el deudor y sus acreedores pueden alcanzar una solución acordada a la crisis del deudor. Desde el punto de vista de la reestructuración de la empresa, el límite se encuentra en el régimen jurídico general; no hay, por tanto, ninguna limitación específica, y el deudor y sus acreedores tienen libertad para sanear la empresa con las medidas necesarias para devolverla a un estado de viabilidad sostenida en el tiempo.

El TRLCon determina el contenido mínimo del plan de continuación. Así, deberá contener, entre otros extremos: la relación nominal y la cuantía de los créditos afectados por el plan; los efectos sobre los créditos, que podrán ser tanto quitas como esperas o una combinación de ambas, su conversión en préstamos participativos o su capitalización; en el caso en que el plan afecte a los derechos de los socios, deberá incorporar el valor nominal de sus acciones o participaciones sociales; un plan de pagos, que incluirá con detalle las cuantías y los plazos durante toda la duración del plan de continuación; la referencia a los efectos sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que, en su caso, vayan a quedar afectadas por el plan; una descripción justificada de los medios con los que se propone cumplir el deudor con la propuesta, incluyendo las fuentes de financiación proyectadas; las garantías con que cuenta la ejecución del plan; una descripción justificada de las medidas de reestructuración operativa que prevé el plan, la duración, en su caso, de las medidas, y los flujos de caja estimados, que deberá estar relacionada con el plan de pagos; una memoria que explique las condiciones necesarias para el éxito del plan de

reestructuración y las razones por las que ofrece una perspectiva razonable de garantizar la viabilidad de la empresa en el medio plazo (art. 697 ter TRLCon).

El plan deberá incluir un tratamiento paritario de los créditos en condiciones homogéneas, y ningún crédito mantendrá o recibirá, de conformidad con el plan, pagos, derechos, acciones o participaciones, con un valor superior al importe de sus créditos (art. 698.5 TRLCon).

La propuesta del plan es el momento para la determinación de las clases de créditos. Los créditos se ordenarán en diferentes clases conforme a sus rangos en el concurso. Así, por tanto, se ordenarán como créditos privilegiados, ordinarios y subordinados. Todos los acreedores, incluidos los que titulen créditos subordinados, participan en la conformación de las clases y en la votación (art. 697 ter 1.3.º TRLCon).

Cuando el plan lo hayan propuesto los acreedores, el deudor y, en su caso, los socios de la sociedad deudora que sean legalmente responsables de las deudas sociales, deberán dar su consentimiento. En el caso de que la microempresa sea una sociedad, los socios expresarán su voluntad a través del órgano societario correspondiente y en las condiciones resultantes del tipo concreto. No como clase en el marco general de decisión de los acreedores.

Participarán en la votación todos los créditos afectados por el plan de continuación (art. 698.4 TRLCon). A efectos de determinar qué créditos se entienden afectados se aplicarán las previsiones contenidas en el Libro segundo TRLCon (art. 698.2 TRLCon). A diferencia de lo que sucede en sede de planes de reestructuración, en caso de que un acreedor no vote se entiende favorable a la aprobación del plan (art. 698.8 TRLCon). El plan se considerará aprobado cuando haya sido aprobado por todas las clases de créditos o al menos por una mayoría simple de clases, siempre que al menos una de ellas sea una clase de créditos con privilegio especial o general; o, en su defecto, por una clase que de acuerdo con la clasificación de créditos del concurso de acreedores pueda razonablemente presumirse que hubiese recibido algún pago tras una valoración del deudor como empresa en funcionamiento (going concern; art. 698.10 TRLCon).

Aprobado el plan, habrá de ser homologado por el juez. Lo que hará siempre que se cumplan cumulativamente ciertos requisitos. Así, que el deudor se encuentre en situación de probabilidad de insolvencia; insolvencia inminente o insolvencia actual y el plan ofrezca una perspectiva razonable de asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo; que se hayan observado los requisitos procesales y se hayan alcanzado las mayorías necesarias previstas para el procedimiento especial de continuación; que los créditos dentro de la misma clase sean tratados de forma paritaria; que el plan supere la prueba del interés superior de los acreedores de acuerdo con las reglas del Libro segundo, que en el caso de que el plan no haya sido aprobado por una clase de acreedores el plan sea justo y equitativo. Entendiéndose que el plan es justo y equitativo cuando la clase de acreedores que haya votado en contra reciba un trato más favorable que cualquier clase de rango inferior, el plan sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente (art. 698 bis TRLCon).

Una vez hayan transcurrido treinta días desde la realización del último de los pagos previstos en ejecución del plan de continuación se entiende cumplido (art. 699 TRLCon). El plan de reestructuración se frustrará en el supuesto en que no llegue a aprobarse, se rechace su homologación judicial o si resulta incumplido (art. 699 bis TRLCon). Declarado el incumplimiento del plan, resultan de aplicación las previsiones sobre los efectos del incumplimiento y sobre los actos realizados en ejecución del convenio dispuestos en el Libro primero (art. 699 ter.4 TRLCon).

El procedimiento especial de liquidación habilita un mecanismo para que las microempresas puedan acceder a un instrumento sencillo, rápido y flexible que les permita terminar de manera ordenada un proyecto empresarial que no hubiera resultado exitoso.

Como se ha visto, el proceso especial de liquidación podrá abrirse cuando fracase el plan de continuación. Asimismo, los acreedores pueden solicitar la apertura del procedimiento especial de liquidación cuando la microempresa se encuentre en estado de insolvencia actual. Y también podrá hacerlo la microempresa deudora cuando se encuentre en estado de insolvencia actual o inminente (art. 686.3 TRLCon).

Cuando el deudor microempresa se trate de una sociedad, la apertura del procedimiento especial de liquidación conlleva su disolución (art. 694 ter.3 TRLCon). Otros efectos de la apertura del procedimiento especial de liquidación difieren, sin embargo, dependiendo de si la operación especial de liquidación tiene lugar con o sin transmisión de la empresa en funcionamiento. En el supuesto en que tenga lugar con transmisión de la empresa en funcionamiento, la apertura del procedimiento especial por sí sola no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (art. 694 bis.2 TRLCon). Sin embargo, cuando el procedimiento especial sea de liquidación sin transmisión de la empresa en funcionamiento, desde el momento de la apertura de la liquidación, cuando así lo indique el deudor, se desprenda del plan de liquidación o lo determine el juez tras las alegaciones realizadas al plan de liquidación por los acreedores, se producirá el vencimiento anticipado de los créditos aplazados y la conversión en dinero de los que consistan en otras prestaciones (arts. 694 ter.1 y 694 ter.2 TRLCon).

En el procedimiento especial de liquidación para microempresas no existe una fase común ni un informe de la administración concursal. Todo se desarrolla en una misma fase por economía procesal. El plan tendrá un contenido necesario. De este modo incluirá la forma prevista para la enajenación de la empresa o de sus unidades productivas. Siempre que sea posible esta enajenación tendrá lugar estando la empresa o las unidades productivas en funcionamiento. A estos efectos, el plan incluirá una valoración de la empresa o de las unidades productivas realizada por un administrador concursal o, en caso de que no hubiera sido nombrado, por un experto (art. 707.3 TRLCon).

En la ejecución de las operaciones de liquidación adquiere singular trascendencia la plataforma de liquidación (art. 708.3 TRLCon). Salvo excepción justificada, a través de la plataforma habrán de actuarse las referidas operaciones. La plataforma es de

acceso gratuito y universal. Se volcarán en ella los activos de titularidad de la microempresa, conformándose un catálogo de bienes organizados por categorías, según criterios comerciales y enajenables, ya sea de manera individual o por lotes.

Se prevé que la ejecución de las operaciones de liquidación contenidas en el plan no pueda durar más de tres meses, prorrogables a petición del deudor o de la administración concursal por un mes adicional (art. 708.4 TRLCon).

Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza
imoral@unizar.es