

**TRABAJO FIN DE GRADO**  
**Grado en Derecho**  
**Facultad de Derecho**  
**Universidad de La Laguna**  
**Curso 2020/2021**  
**Convocatoria: Junio**

**ANÁLISIS DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1023 DEL  
PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 20 DE JUNIO DE 2019, CON  
ESPECIAL ATENCIÓN EN SU APLICACIÓN A LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN**

**ANALYSIS OF THE TRANSPOSITION OF DIRECTIVE (EU) 2019/1023 OF THE EUROPEAN  
PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF 20 JUNE 2019, WITH SPECIAL FOCUS ON ITS  
APPLICATION REGARDING REFINANCING AGREEMENTS**

Realizado por la alumna: **Dña. Victoria Teresa Rodríguez Delgado**

Tutorizado por el Profesor: **Dr. José Luis Sánchez-Parodi Pascua**

Departamento: **Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa**

Área de conocimiento: **Derecho Mercantil**



ABSTRACT

This paper will deal with the transposition into Spanish law of Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt. More specifically, this paper will be focused on how its application will affect refinancing agreements.

To this end, the different options available in the legal text will be taken into account and it will be discussed which one is the most appropriate to apply in Spain, given the need to reform the current Insolvency Act.

This is an opportunity to improve Spain's current system. In order to confirm the certainty of this statement, its content will be analysed: from its scope of application, both subjective and objective, to the discharge of debt procedure, including the early warning tools, the stay of individual enforcement actions and the protection of interim finance tools, among other aspects.

**Key Words:** refinancing agreements; restructuring plans; early warning tools; stay of individual enforcement actions; protection of interim finance tools; discharge of debt.



## RESUMEN

El presente trabajo versará sobre la transposición en nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 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. En concreto, nos centraremos en cómo afectará su aplicación a los acuerdos de refinanciación.

Para ello tendremos en cuenta las distintas opciones que muestra el texto legal y cuál consideramos óptima para aplicar en nuestro país, siendo necesario reformar la presente Ley Concursal.

Esta puede ser una oportunidad para mejorar nuestro actual sistema y, para comprobar la certeza de esta afirmación, iremos analizando su contenido desde su ámbito de aplicación, tanto subjetivo como objetivo, hasta el procedimiento de exoneración de deudas, pasando por los mecanismos de alerta temprana, la suspensión de las ejecuciones singulares y los mecanismos de protección a la financiación, entre otros aspectos.

**Palabras clave:** acuerdos refinanciación; planes reestructuración; mecanismos alerta temprana; suspensión ejecuciones singulares; protección financiación; exoneración deudas.





## Índice

1. Introducción .....	6
2. Ámbito de aplicación .....	10
2.1 Subjetivo .....	10
2.2 Objetivo.....	12
3. Mecanismos y condiciones previas a la adopción de los planes de reestructuración .....	13
3.1 Mecanismos de alerta temprana y acceso a la información .....	13
3.2 Condiciones de acceso a un marco de reestructuración preventiva preconcursal para los deudores en estado de insolvencia inminente .....	17
3.3 Control sobre los activos y gestión de la empresa por el deudor incurso en un proceso de reestructuración preventiva.....	18
3.4 Suspensión de las ejecuciones singulares .....	19
4. Adopción, confirmación y recursos de los planes de reestructuración.....	22
4.1 Adopción.....	22
4.2 Confirmación. ....	24
4.2.1 Los planes de reestructuración consensuados.....	26
4.1.2 Planes de reestructuración no consensuados.....	27
4.3 Recursos .....	28
5. Protección de la financiación y de otras operaciones relacionadas con la reestructuración .....	29
6. Exoneración de deudas e inhabilitaciones .....	32
7. Conclusiones .....	37
8. Bibliografía .....	39

## 1. Introducción

En el presente Trabajo de Fin de Grado vamos a analizar el futuro cambio de los acuerdos de refinanciación con la aplicación de la Directiva 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 (en adelante DRI). La transposición deberá producirse, de acuerdo con su artículo 34, a más tardar el 17 de julio de 2021, a excepción de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letras a), b) y c), que se adoptarán y publicarán como máximo el 17 de julio de 2024, y las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letra d), que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2026. En el caso de que se experimentasen especiales dificultades para aplicarla se podrá disfrutar de una prórroga máxima de un año<sup>1</sup>.

En primer lugar, debemos delimitar qué son los acuerdos de refinanciación. De acuerdo con PULGAR EZQUERRA, “en virtud de dicho acuerdo, deudor y acreedores renegocian las condiciones en las que inicialmente se pactó un contrato de financiación, situándose por tanto la refinanciación en el ámbito de los contratos unidos o coaligados modificativos de contenido patrimonial, en los que las renegociaciones bilaterales se insertan con causa común en el marco de la renegociación global”<sup>2</sup>.

En lo relativo a su naturaleza jurídica, se los compara con la transacción, sobre todo en el ámbito jurisprudencial. No obstante, la autora entiende que no se trata de una transacción a pesar de que se persiga evitar un litigio y alcanzar un acuerdo, debido a que faltaría la *res dubia* o incertidumbre propia de la transacción, puesto que en el marco de los acuerdos de refinanciación se conoce lo adeudado y su cuantía<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>Directiva 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. Diario Oficial de la Unión Europea L172/18, 26 de junio de 2019 (en adelante DRI).

<sup>2</sup> PULGAR EZQUERRA, J.: “De los acuerdos de refinanciación”, en AA.VV. (PULGAR EZQUERRA, J., Dir.): *Comentario a la Ley Concursal Tomo II*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2020, p. 134.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 139.

Considera, en cambio, que se ajustan al ámbito de la renegociación contractual, dado que a través de ellos se busca una modificación de las condiciones iniciales de los contratos de financiación, con la finalidad de que el deudor pueda cumplir sus obligaciones<sup>4</sup>.

El acuerdo de refinanciación surge como una alternativa a la declaración de concurso o para prevenir la situación de insolvencia, pero no se trata de una garantía de continuidad o viabilidad, es decir, no se exige que el plan tenga éxito, sino que esté bien elaborado y que sea razonable. Esto se debe a que pueden surgir nuevas circunstancias ajenas al deudor y que no se pudieron tener en cuenta en el momento en el que se adoptó el acuerdo, tales como cambios normativos, insolvencias de terceros que le afecten, cambios extraordinarios en el mercado, etc<sup>5</sup>.

El acuerdo de refinanciación nace de la libre voluntad de las partes, con los límites contenidos en el artículo 1255 del Código Civil (en adelante Cc), que establece que los pactos, cláusulas y condiciones no deben ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público<sup>6</sup>.

Estos acuerdos se crean a raíz de la crisis económica del año 2008, concretamente con el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica<sup>7</sup>. Antiguamente no existía ninguna norma que estableciera un procedimiento preconcursal, por consiguiente, solo se preveía como solución a la insolvencia del deudor la tramitación de su concurso de acreedores<sup>8</sup>.

Los principales motivos por los que se estimó que los acuerdos de refinanciación eran una solución óptima frente al concurso de acreedores son que estos últimos resultaban excesivamente largos, costosos y estigmatizantes<sup>9</sup>.

El legislador, a pesar de haber establecido el empleo del procedimiento abreviado como el más habitual y haber admitido al deudor la presentación de la propuesta anticipada, tanto de

---

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> AZNAR GINER, E.: “Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores”. *La protección del acuerdo de refinanciación frente a la acción rescisoria concursal*. 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 7 – 29.

<sup>6</sup> Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado n.º 206, de 25 de Julio de 1889 (en adelante CC).

<sup>7</sup> Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. Boletín Oficial del Estado n.º 78, de 31 de marzo de 2009.

<sup>8</sup> MOYA BALLESTER, J.: “Mecanismos preventivos del concurso de acreedores, los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos”. *Los mecanismos preventivos del concurso*. 1ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 7 - 47.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

convenio como de liquidación, no consiguió la agilidad indispensable en materia de concurso como consecuencia del gran número de concursos declarados durante la crisis económica. La tardanza se considera especialmente nociva en materia de concurso debido a que la empresa insolvente tiene menos posibilidades de sobrevivir cuanto mayor sea la permanencia de este y, asimismo, menos serán las posibilidades de cobro de los acreedores<sup>10</sup>.

En relación con la cuantía del procedimiento, esta es tan elevada porque no solo hay que sumarle los gastos usuales del proceso, sino que hay que añadir los gastos característicos de los procedimientos de ejecución colectiva, como son los honorarios de la administración concursal<sup>11</sup>.

Por último, se piensa que el concurso de acreedores es estigmatizante debido a que la gran mayoría de ellos finaliza a través de liquidación. Así lo establece una encuesta realizada en 2019 por el Registro de Auditores Judiciales y Forenses del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España sobre la evolución de los procesos concursales en el tercer trimestre del año. Esta encuesta muestra que son el 90% de los concursos los que acaban en liquidación, una cifra ligeramente inferior respecto a la del año anterior. Todo ello solo genera que el deudor evite la solicitud de concurso, lo que a su vez produce que la recuperación sea más dificultosa<sup>12</sup>.

Ante el agravamiento de la crisis económica que asolaba a nuestro país se optó por la publicación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal<sup>13</sup>. Entre los aspectos más destacables de la reforma se encuentra la novedad de poder proceder a la homologación judicial de los acuerdos en los tres meses siguientes desde la fecha de su presentación, lo cual posibilita extender forzosamente ciertos efectos del acuerdo a los acreedores que no lo suscribieron. Por otro lado, con el propósito de dar liquidez a la sociedad, se introduce la institución anglosajona del *fresh money*, que instaura la posibilidad de que los acreedores aporten nuevos ingresos a la sociedad, pasando la mitad de estos a ser considerados como créditos contra la masa. Se trata de un incentivo para que las entidades financieras concedan nuevos créditos y, por lo tanto, cooperen para hacer viable la continuidad de la empresa<sup>14</sup>. Además, se mejora el régimen de la publicidad registral del concurso y del Registro Público Concursal

---

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> MOLINA, C.: “El 90% de los concursos de acreedores acaba en liquidación”, *Cinco Días*, 3 de octubre de 2019. Disponible en: <https://www.icjce.es> (fecha de la última consulta: 17 de abril de 2020)

<sup>13</sup> Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Boletín Oficial del Estado n.º 245, de 11 de octubre de 2011.

<sup>14</sup> MOYA BALLESTER, J.: *op. cit.*, pp. 7 - 47

configurándose como un instrumento de garantía para todos los sujetos que pudieran verse afectados<sup>15</sup>.

La tercera reforma se crea dos años después con la promulgación de la Ley 14/2013, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización que reforma algunos aspectos que afectan a los acuerdos de refinanciación, tales como su ubicación, que pasa a encontrarse en el artículo 71 bis LC, y la flexibilización del quórum necesario para la aprobación y homologación judicial de los acuerdos<sup>16</sup>.

Finalmente, se dictó el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial<sup>17</sup>. Uno de los problemas que presentaba el régimen previo estribaba en que no se había contemplado la detención de las ejecuciones singulares y de las acciones reales durante la fase de negociación de los acuerdos de refinanciación, previniéndose únicamente que no fuese exigible presentar la solicitud de concurso en los supuestos en los que el deudor hubiera presentado una comunicación al Juzgado de lo Mercantil en la que declarase que se encontraba en estado de insolvencia y en fase de negociación con los acreedores. En el régimen actual, la paralización de las ejecuciones singulares y de las acciones reales se extiende hasta que se suscriba el acuerdo o se solicite la declaración de concurso. A pesar de ello, la suspensión deja de tener efecto cuando transcurre el plazo de cuatro meses desde que el deudor notificó que se encontraba en situación de insolvencia<sup>18</sup>.

Actualmente, con la perspectiva de una recesión económica generada por la aparición del COVID-19 – afección respiratoria altamente contagiosa que ha provocado una situación de crisis sanitaria mundial – la DRI puede beneficiar a los Estados miembros con sus disposiciones respecto a la armonización temprana de las empresas en riesgo de concurso, a través de la introducción de institutos preconcursales alternativos y preventivos de la declaración de los procedimientos concursales.

---

<sup>15</sup>BUGALLAL, M.: “Comentario a la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal”, *Legal Today*, 20 de junio de 2012. Disponible en <http://www.legaltoday.com> (fecha de la última consulta: 19 de abril de 2020).

<sup>16</sup>Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Boletín Oficial del Estado n.º 233, de 28 de septiembre de 2013.

<sup>17</sup>Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Boletín Oficial del Estado n.º 58, de 8 de marzo de 2014.

<sup>18</sup>LEÓN SANZ, F. J.: “Estudios Jurídicos En Memoria Del Profesor Emilio Beltrán : Liber Amicorum”. *La Reforma De Los Acuerdos De Refinanciación Preconcursales*. 1ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1249 – 1286.

En la actualidad, está vigente el Texto Refundido de la Ley Concursal<sup>19</sup>, el cual entró en vigor el 1 de septiembre de 2020, y se prepara para la transposición de la Directiva haciendo la labor de clarificar y sistematizar la normativa.

Por todo ello, podemos concluir que España se encuentra en magníficas condiciones para trasponer rápidamente la DRI al contar previamente con institutos preconcursales como los acuerdos de refinanciación y, por tanto, solo se deben solventar sus carencias y defectos. Las medidas para que ello sea posible son las que conformaran el grueso de este trabajo.

## **2. Ámbito de aplicación**

### **2.1 Subjetivo**

El artículo 1.1 de la DRI identifica los sujetos a los cuáles se les aplicará dicha norma, que son los deudores en dificultades financieras cuando la insolvencia sea inminente; por el contrario, el artículo 1.2 establece los que están expresamente excluidos de su ámbito de aplicación. Estos son: las empresas de seguros y reaseguros, las entidades de crédito, las empresas de inversión y los organismos de inversión colectiva, los organismos públicos con arreglo al Derecho nacional y otras instituciones y entidades financieras y, por último, las personas físicas que no tengan la condición de empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado cuarto del propio precepto, que dispone que los Estados miembros pueden ampliar su aplicación a las personas físicas insolventes que no sean empresarios.

En mi opinión, no debería limitarse su aplicación a las personas jurídicas, puesto que el ejercicio de una actividad económica bajo la titularidad de una persona física puede generar empleo igualmente. Además, cabe señalar que en el ordenamiento jurídico español, el ámbito de aplicación subjetivo de los acuerdos de refinanciación no está vedado a los deudores que no tengan la condición de empresarios, sino se refiere al deudor en general. El deudor, por consiguiente, ya sea persona física o jurídica, tiene la posibilidad de proponer y alcanzar acuerdos de refinanciación con independencia de su condición empresarial.

Por otro lado, existen dos supuestos de exclusión de los marcos de reestructuración regulados en el artículo 4, siendo la adopción de ambos de naturaleza facultativa para los Estados miembros a la hora de proceder a la transposición de la DRI.

---

<sup>19</sup> Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Boletín Oficial del Estado n.º 127, de 7 de mayo de 2020 (en adelante TRLC).

El primer supuesto, regulado en el artículo 4.2 de la DRI, excluye a los deudores condenados por incumplimiento grave de las obligaciones en materia de contabilidad o llevanza de libros con arreglo a la normativa nacional. Sin embargo, la exclusión no es definitiva, sino que puede alzarse si los deudores toman las medidas oportunas para subsanar la infracción. A pesar de ello, esta exclusión en la práctica no supone gran eficacia debido a que ningún acreedor va a apoyar un plan de reestructuración sin disponer de información previa detallada sobre la situación contable o financiera de la empresa.

El segundo supuesto de exclusión, contenido en el artículo 4.4 de la DRI, erige la posibilidad de que los Estados miembros puedan limitar el número de veces, dentro de un período determinado de tiempo, que el deudor pueda acceder a los marcos de reestructuración preventiva. No obstante, no lo considero conveniente debido a que las circunstancias de la economía son excesivamente variables y podría producirse que la reestructuración de un deudor fuese posible, pero que en la práctica debido a dicha limitación se viera excluido, sentenciando a la empresa a la tramitación de un procedimiento concursal, que es precisamente lo que la DRI trata de impedir.

En cuanto al régimen de exoneración del pasivo insatisfecho, la DRI solo se dirige a los empresarios, excluyendo a los consumidores. Sin embargo, la Recomendación de 12 de marzo de 2014 creó la posibilidad de que los Estados miembros apliquen algunas de las recomendaciones a los consumidores<sup>20</sup>. Por su parte, el Dictamen sobre la propuesta de la Directiva del Comité Económico y Social Europeo, en adelante CESE, está a favor de ampliar la armonización europea a la insolvencia del consumidor<sup>21</sup>.

El artículo 24 de la DRI permite a los empresarios la exoneración del pasivo doméstico debido a que es complicado distinguir entre las deudas del empresario derivadas de su actividad empresarial y de las domésticas. A juicio de CUENA CASAS, esta regulación es criticable porque puede generar una discriminación no justificada en el consumidor. No le parece razonable que un empresario pueda exonerarse el pasivo empresarial y personal y, por el contrario, no pueda un

---

<sup>20</sup> Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial. Diario Oficial de la Unión Europea L74/65, de 14 de marzo de 2014.

<sup>21</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 98/26/CE sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores y la Directiva 2002/47/CE sobre acuerdos de garantía financiera, en lo relativo a los sistemas conectados y a los derechos de crédito». Diario Oficial de la Unión Europea C175/78, de 28 de julio de 2009.

consumidor exonerarse del pasivo empresarial<sup>22</sup>. Por mi parte, considero que es perfectamente legítimo dar trato más beneficioso al pasivo empresarial sobre el doméstico, pero no tiene una justificación razonable la discriminación negativa del consumidor que tiene pasivo empresarial. Por ello, creo que la transposición de la DRI debe hacerse prescindiendo de esta discriminación de régimen, estableciendo un régimen único para la persona natural, sea empresaria o no.

En el caso de España, la citada autora opina que los jueces de Primera Instancia carecen de la especialización suficiente para conocer de los concursos de persona natural y, por consiguiente, los Juzgados de lo Mercantil deberían asumir dicha competencia sin temor a colapsar el sistema judicial puesto que en la actualidad los concursos de persona física apenas alcanzan el 30% del total<sup>23</sup>.

## 2.2 Objetivo

El ámbito de aplicación objetivo de la DRI está compuesto por el necesario cumplimiento de dos condiciones.

La primera condición, contenida en el artículo 1.a) de la DRI, establece que será necesario que los deudores se encuentren en una situación de insolvencia inminente. La norma no especifica qué debe entenderse por insolvencia inminente, sino que se optó por remitirse a la normativa nacional de los Estados miembros a través del artículo 2.2 b). En el ordenamiento jurídico español, concretamente en el artículo 2.3 TRLC, se configura la insolvencia inminente como el momento en el que el deudor "prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones", sin exigirse que dicha situación concluya necesariamente en una insolvencia actual.

La DRI podrá armonizarse con el régimen previsto en el ordenamiento jurídico español, el cual condiciona la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación a que el deudor se encuentre en un estado de insolvencia no solo inminente, sino también actual. La insolvencia actual, al contrario que la inminente, es aquella situación que, como su propio nombre indica, implica la imposibilidad de satisfacer los créditos de los acreedores en el presente.

---

<sup>22</sup> CUENA CASAS, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español". *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 32, 2020. Disponible en <http://www.smarteca.es> (fecha de última consulta: 19 de marzo de 2021).

<sup>23</sup> *Ibidem*.

Por su parte, la segunda condición implica que los marcos de reestructuración preventiva tengan como finalidad impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad del deudor.

Finalmente, el artículo 1 en sus apartados 5 y 6 establece la posibilidad de que no sean de aplicación los marcos de reestructuración si se dan las siguientes circunstancias: la facultad de los Estados miembros de excluir del ámbito de aplicación de los marcos de reestructuración preventiva a los créditos existentes o futuros de antiguos trabajadores o de trabajadores actuales; las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad y los créditos derivados de la responsabilidad extracontractual del deudor; y la obligación de los Estados miembros de garantizar que los marcos de reestructuración preventiva no repercutan en los derechos de pensión de jubilación devengados.

### **3. Mecanismos y condiciones previas a la adopción de los planes de reestructuración**

#### **3.1 Mecanismos de alerta temprana y acceso a la información**

Los mecanismos de alerta temprana y acceso a la información están concebidos para que los pequeños empresarios – las grandes empresas cuentan ya con medios – puedan apreciar que es momento de tomar medidas de reestructuración. El método idóneo es una herramienta de autodiagnóstico que les permita comprobar la posibilidad de que su situación derive en una insolvencia inminente. Por tanto, deberán ser las propias empresas las que se den cuenta de la situación de crisis en la que se hallan. Una vez hecha la valoración, la solución de la crisis empresarial deberá producirse acudiendo a mecanismos preconcursales, como son los acuerdos de refinanciación<sup>24</sup>.

Podemos encontrar antecedentes de estos mecanismos de alerta temprana en el marco europeo. En primer lugar, en el marco de la Decisión del Consejo de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2000 se elaboraron dos proyectos<sup>25</sup>. El primero, el proyecto *Best* sobre *Reestructuración, quiebra y nuevo comienzo*, analizó un sistema de alerta temprana, que clarificó la necesidad de mecanismos de detección precoz y de disponibilidad de información. Por otro lado, establece el acceso al apoyo, esto es debido a la dificultad que pueden tener algunas empresas para

---

<sup>24</sup>LLORET, J., CAICOYA, J. y LORENTE, R.: "ALERTAS TEMPRANAS. La aplicación a la situación en España", *Diario La Ley*, nº 9640, 2020. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es> (fecha de última consulta: 21 de julio de 2020).

<sup>25</sup>Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000 relativa al Programa plurianual en favor de la empresa y el espíritu empresarial, en particular para las pequeñas y medianas empresa. Diario Oficial de la Unión Europea n.º 2000/819.

acceder a estos mecanismos por lo costoso que resulta el asesoramiento cuando están al borde del concurso<sup>26</sup>.

En segundo lugar, el proyecto denominado *Estigma asociado a la quiebra y preparación de materiales de alerta temprana* puso en funcionamiento una herramienta informática anónima para comprobar el estado de la empresa<sup>27</sup>.

Posteriormente, la Comunicación de la Comisión Europea de 12 de diciembre de 2012 concluyó que la eficacia de los procedimientos concursales no está condicionada por el sistema jurídico adoptado, sino por los sistemas de detección temprana, entre otros factores<sup>28</sup>.

A este respecto, la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, anteriormente nombrada, establece la posibilidad de que el deudor pueda realizar la reestructuración en una fase temprana, tan pronto como sea evidente la probabilidad de insolvencia.

Finalmente, fruto de estos trabajos, se aprueba la DRI, la cual recoge en su articulado mecanismos de alerta temprana que deben incorporar los Estados miembros, los cuales analizaremos a continuación.

En primer lugar, cabe preguntarse si la DRI persigue que las alertas operen en un ámbito meramente interno respecto del deudor, o también en un ámbito externo, es decir, que la información pueda ser revelada a terceros.

El modelo de alertas externas fue implantado con escaso éxito en el Derecho Francés, en virtud de la Ley francesa 84/148 que introdujo un sistema de alertas tanto internas como externas, seguido de reformas continuas<sup>29</sup>.

El artículo 3.2 de la DRI, por su parte, especifica más bien alertas internas, al señalar tres de los mecanismos que se podrán utilizar: uno de alerta en caso de que el deudor no haya efectuado determinados pagos, como puede ser el impago de impuestos o de cotizaciones a la Seguridad Social; servicios de asesoramiento prestados por organismos públicos o privados; y por último,

---

<sup>26</sup> GONZAGA SERRANO DE TOLEDO, L. (2011): “La legislación concursal: respuestas jurídicas para una crisis”, *XXXIII Jornadas de la Abogacía General del Estado*, Reflexiones de Derecho Administrativo Económico sobre concurso y segunda oportunidad, Burgos.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social sobre el nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, de 12 de diciembre de 2012.

<sup>29</sup> Ley 84/148, de 1 de marzo de 1984, relativa a la prevención y solución amistosa de dificultades comerciales. Boletín Oficial de la República francesa de 2 de marzo de 1984.

incentivos para que los terceros que dispongan de información relevante sobre el deudor le adviertan sobre cualquier evolución negativa.

El impago de impuestos o de cotizaciones a la Seguridad Social no puede tratarse de un impago importante o generalizado, de acuerdo con lo dispuesto en el Considerando 33 de la DRI, que ejemplifica como comportamiento típico de alguien que no puede pagar las deudas, “el impago importante con respecto a los trabajadores o a las administraciones tributarias o de seguridad social”.

La Administración Tributaria o de Seguridad Social tendría que alertar sobre la producción de los impagos mencionados, pero tanto los créditos tributarios como los de Seguridad Social tienen un plazo de prescripción de cuatro años<sup>30</sup>. LADO CASTRO-RIAL cree que si agotan este período de tiempo la alerta llegará tarde y no cumplirá su objetivo. Por tanto, opina que, si se va a utilizar esta herramienta, la alerta debe producirse de forma inmediata o en un plazo lo suficientemente corto como para servir a su propósito. Por otro lado, dada la inexistencia de incentivos para que se produzcan estas advertencias, comenta que se deberían establecer como obligación a las Administraciones públicas<sup>31</sup>.

En Dinamarca, respecto al asesoramiento privado, opera el sistema denominado *Early Warning Denmark*, que ha contado con una gran acogida en el país. Se caracteriza por la prestación de asesoramiento gratuito por profesionales de la materia y entre sus grandes ventajas encontramos que los empresarios deciden acudir a tiempo al asesoramiento profesional, por ser imparcial, gratuito y confidencial. No obstante, este sistema no está exento de inconvenientes debido a que a pequeña escala puede ser viable, pero su implementación en un ámbito más extenso conllevaría aportar financiación y apoyo público<sup>32</sup>. Cabe preguntarse si esta financiación puede suponer una ayuda de Estado, incompatible con los principios contenidos en los artículos 107, 108 y 109 del Tratado Fundamental de la Unión Europea (en adelante TFUE )<sup>33</sup>. En concreto, el artículo 107 TFUE delimita el tipo de ayudas prohibidas de la siguiente manera: “Salvo que los Tratados

---

<sup>30</sup>Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado n.º 261, de 31 de octubre de 2015. Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Boletín Oficial del Estado n.º 302, de 18 de diciembre de 2003.

<sup>31</sup> LADO CASTRO-RIAL, C.: “Alertas tempranas y Administraciones Públicas en la Directiva 2019/1023 de reestructuración”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 33, 2020. Disponible en <http://www.smarteca.es> (fecha de última consulta 21 de marzo de 2021).

<sup>32</sup>LADO CASTRO-RIAL, C.: *op.cit.*

<sup>33</sup>Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial n.º C 326, de 26 de octubre de 2012 (en adelante TFUE).

dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, las ayudas otorgadas por los estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”.

En el presente supuesto, LADO CASTRO-RIAL opina que la financiación no debería considerarse una ayuda de Estado. Las razones que ofrece son las siguientes:

1. No otorga una mejor posición a algunas empresas previamente determinadas, sino que los potenciales beneficiarios son la generalidad de las empresas, aunque esté fundamentalmente enfocado a las pequeñas y medianas empresas, en adelante pymes, al tener estas mayores dificultades para acceder a dichos servicios e información.
2. Para que la recepción del asesoramiento profesional afecte a los intercambios comerciales entre los Estados miembros es preciso que refuerce la posición de una empresa frente a otros que compiten con ella.
3. Tampoco podría considerarse que falsea o amenaza falsear la competencia porque el examen de las condiciones se realiza de forma conjunta ergo no se generaría una situación privilegiada a una empresa frente a sus competidores. Para que esto sucediese sería necesaria la previa existencia, o posibilidad de existencia, de competencia en el mercado en que opera la empresa.

En cuanto al asesoramiento prestado por organismos públicos, existe la posibilidad de que tal actividad se pueda llevar a cabo a través de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y el Centro de Información y Red de Creación de Empresas<sup>34</sup>.

Por otro lado, en el caso de España, PULGAR EZQUERRA considera que el sistema de alerta de riesgos contenido en la Circular 6/2016 podría resultar útil también en este contexto de crisis<sup>35</sup>. Dicha circular creó a tal efecto el documento *Información Financiera-PYME*, del cual se pueden extraer datos como la situación financiera del acreditado, su antigüedad como cliente de la entidad y la antigüedad de su negocio, el sector económico en el que opera, etc. Tras la valoración

---

<sup>34</sup>LADO CASTRO-RIAL, C.: *op. cit.*

<sup>35</sup>Circular 6/2016, de 30 de junio, del Banco de España, a las entidades de crédito y a los establecimientos financieros de crédito, por la que se determinan el contenido y el formato del documento "Información Financiera-PYME" y se especifica la metodología de calificación del riesgo previstos en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. Boletín Oficial del Estado n.º 166, de 11 de julio de 2016.

individual de cada uno de estos criterios el riesgo podría ser bajo cuando tiene una capacidad adecuada para hacer frente a sus compromisos financieros; medio-bajo si existe alguna incertidumbre no especialmente significativa sobre su capacidad para hacerles frente; riesgo medio-alto cuando existen incertidumbres significativas sobre su capacidad; y, por último, riesgo alto, por el cual existen serias dudas de que vaya a ser capaz de hacer frente a sus compromisos financieros<sup>36</sup>. Por mi parte, coincido con la autora en que este sistema de escala de riesgos puede ayudar a establecer cuando una empresa se encuentra en una situación de peligro.

### **3.2 Condiciones de acceso a un marco de reestructuración preventiva preconcursal para los deudores en estado de insolvencia inminente**

Los Estados miembros se deben asegurar de que los deudores en un estado de insolvencia inminente tengan acceso a un marco de reestructuración preventiva con el fin de evitar la insolvencia del deudor, sin perjuicio de otras alternativas. La reestructuración se puede desarrollar en un procedimiento extrajudicial y en cualquier otro marco de reestructuración previsto en la normativa nacional.

El TRLC exige la adopción de un plan de viabilidad, al contrario que la antigua Ley Concursal, en la que este era potestativo. El plan consiste en un documento en el que se fijan los objetivos que se quieren alcanzar con la finalidad de desarrollar e implementar un proyecto empresarial viable, con el que obtener liquidez suficiente, por medio de la continuidad de la actividad, y que de esta forma se puedan pagar las deudas<sup>37</sup>.

El plan de viabilidad debe detallar la situación económica del deudor y sus objetivos, es decir, en él se contendrá tanto los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención.

No se exige que el plan tenga éxito, sino que esté bien elaborado y que sea razonable, dado que pueden surgir nuevas circunstancias ajenas al deudor y que no se pudieron tener en cuenta en

---

<sup>36</sup> PULGAR EZQUERRA, J.: “Reestructuración empresarial y alarma Covid 2019: legislación preconcursal y concursal de emergencia”. *Diario La Ley*, nº 9606, 2020. Disponible en <http://www.smarteca.es> (fecha de última consulta 21 de marzo de 2021).

<sup>37</sup> AZNAR GINER, E.: “La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal”. *Procedimiento de homologación*. 1ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 89 – 126.

el momento en el que se redactó el plan, tales como cambios normativos, insolvencias de terceros que afectan al deudor, cambios extraordinarios en el mercado, etc<sup>38</sup>.

En la DRI también se establece que los Estados miembros puedan establecer disposiciones que limiten la actuación de las autoridades judiciales o administrativas a los supuestos en que sea indispensable y proporcional y, al mismo tiempo, comprobar que se respetan los derechos de las partes afectadas y de los interesados.

Los marcos de reestructuración preventiva establecidos en virtud de la presente DRI estarán disponibles a solicitud de los deudores, pero también se establece que podrán estar disponibles a petición de los acreedores y de los representantes de los trabajadores, siempre que se cuente con el consentimiento de los deudores. Sin embargo, los Estados miembros podrán restringir dicho requisito a los casos en que los deudores sean pymes.

### **3.3 Control sobre los activos y gestión de la empresa por el deudor incurso en un proceso de reestructuración preventiva**

El artículo 5.1 de la DRI proclama que “los Estados miembros velarán por que el deudor que sea parte en los procedimientos de reestructuración preventiva conserve totalmente, o al menos en parte, el control sobre sus activos y sobre la gestión diaria de la empresa”. No obstante, este principio general de conservación del deudor de todas sus facultades de control y administración de su patrimonio está matizado por el apartado siguiente del artículo, el cual establece que, cuando sea necesario, se nombrará un administrador.

Es obligatorio el nombramiento de un administrador cuando:

- Una autoridad judicial o administrativa acuerde la suspensión general de las ejecuciones singulares y la autoridad judicial o administrativa decida que dicho administrador es necesario para salvaguardar el interés de las partes.
- El plan de reestructuración deba ser confirmado por una autoridad judicial o administrativa por medio de un mecanismo de reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías.

---

<sup>38</sup> AZNAR GINER, E.: “La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal”. *Procedimiento de homologación*. 1ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 163 – 235.

- El deudor o una mayoría de acreedores lo solicite, siempre y cuando, en el último caso, los acreedores carguen con los costes del administrador en materia de reestructuración.

La transposición de la DRI al ordenamiento jurídico español va a obligar a una revisión de nuestro modelo porque este no prevé que los administradores concursales intervengan en la fase preconcursal y, por tanto, se deberá establecer la necesidad de nombrar un administrador, al menos, en los tres supuestos anteriores.

PULGAR EZQUERRA manifiesta que sus funciones deberían limitarse a una mediación de carácter económico y lo justifica estableciendo que dentro de los supuestos que prevé la DRI para el nombramiento obligatorio del administrador, excluyendo el caso de solicitud por el deudor o una mayoría de acreedores, resulta necesaria una valoración económica de la compañía para determinar la cuota de liquidación, por tanto, se presume que este administrador debe tener un alto grado de especialización en materia económica<sup>39</sup>.

Por otro lado, la autora considera que su designación debería limitarse exclusivamente a los casos en que la DRI establece que sería obligatorio su nombramiento debido a que el deudor podría no querer acceder a una reestructuración temprana si no conserva el control de sus activos y la gestión de su actividad empresarial<sup>40</sup>.

### 3.4 Suspensión de las ejecuciones singulares

Para que se produzca la suspensión de las ejecuciones singulares destinadas contra el deudor es indispensable el cumplimiento de dos requisitos, que el deudor se encuentre negociando un plan de reestructuración y que dicha suspensión favorezca las negociaciones de un plan de reestructuración.

Ni la DRI ni nuestra legislación exigen al deudor acreditar la concurrencia de dichos presupuestos para que la suspensión despliegue sus efectos. Sin embargo, se faculta a los Estados

---

<sup>39</sup> PULGAR EZQUERRA, J.: “Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023”, *Diario La Ley*, nº 9474, 2019. Disponible en <http://www.smarteca.es> (fecha de última consulta 22 de marzo de 2021).

<sup>40</sup> *Ibidem*.

miembros para que puedan prever en sus ordenamientos jurídicos un control ex ante. Por su parte, en España la suspensión se produce *ope legis* y nada obsta para que siga siendo así<sup>41</sup>.

La suspensión de ejecuciones singulares, conforme a los apartados 2 y 3 del artículo 6 de la DRI, puede abarcar a todas las categorías de créditos, incluidos los créditos garantizados y los créditos preferentes, aunque se permite también a los Estados miembros regular una suspensión limitada para uno o varios acreedores que se vayan a ver afectados por el plan de reestructuración y hayan sido informados sobre las negociaciones. Por tanto, podría afectar a todos los acreedores, incluidos los de Derecho Público, sobre los que entraremos a hablar más adelante.

En lo que respecta a las entidades financieras, también se podría disipar su privilegio actual, basado en la posibilidad que tienen estas entidades de ejecución de forma separada, por lo que la comunicación del inicio de las negociaciones no impide a estos acreedores iniciar individual y unilateralmente sus reclamaciones, normalmente por vía cambiaria, posicionándose así injustamente en una situación más ventajosa a la hora de acceder a los bienes del deudor concursado<sup>42</sup>.

Igualmente, en la regulación española no se exceptúan los créditos de los trabajadores del ámbito de suspensión de las ejecuciones, por lo que la transposición de la DRI obligará a reformular su régimen en los términos establecidos por la misma. La regulación actual es especialmente perjudicial para las pymes, puesto que los créditos por este concepto son elevados<sup>43</sup>.

Por otro lado, de acuerdo con la DRI el deudor tiene que justificar la suspensión y, además, cumplir con una de estas dos condiciones alternativas: que no sea probable que la ejecución ponga en peligro la reestructuración de la empresa o que la suspensión vaya a perjudicar injustamente a los acreedores de dichos créditos. En cambio, los créditos de los trabajadores no se podrán suspender, salvo que el plan de reestructuración abarque el pago de dichos créditos.

La duración inicial máxima de la suspensión no podrá ser superior a cuatro meses. No obstante, se podrá permitir a las autoridades judiciales o administrativas ampliar la duración o

---

<sup>41</sup> GÓMEZ ASENSIO, C.: “La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm 12, 2020, p. 488.

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: “La incidencia de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva sobre los artículos 5 bis y 235 de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 32, 2020. Disponible en <http://www.smarteca.es> (fecha de última consulta 22 de marzo de 2021).

<sup>43</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, I y ARENAS ALEGRÍA, C.: “La Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: su repercusión sobre las pequeñas y medianas empresas (PYMES)”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm 8-9, 2019, p. 14.

acordar una nueva suspensión a petición del deudor, de un acreedor o, en su caso, de un administrador en materia de reestructuración. Es necesario que la ampliación o la nueva suspensión se justifique adecuadamente, según establece el artículo 6 en su apartado cuarto, cuando:

- Se hayan conseguido avances importantes en las negociaciones sobre el plan de reestructuración,
- La continuación de la suspensión no perjudique injustamente los derechos o intereses de ninguna de las partes afectadas y,
- No se haya abierto un procedimiento de insolvencia que pueda desembocar en liquidación del deudor con arreglo a la normativa nacional.

La duración total de la suspensión, incluidas ampliaciones y renovaciones, no podrá ser superior a doce meses. En cambio, nuestro ordenamiento no contempla la ampliación del plazo, el cual, a diferencia de la DRI, se establece en tres meses. Con la transposición de la DRI quien solicite alguna de las dos medidas, deberá justificar debidamente los avances y la importancia de la ampliación del plazo. En este sentido, FERNÁNDEZ PÉREZ estima que lo adecuado sería que se presente algún tipo de prueba documental que ponga de manifiesto la necesidad de la medida y en el que se encuentren los términos básicos de la reestructuración<sup>44</sup>.

El legislador español también tiene la opción de no ampliar el plazo, establecido en cuatro meses por la DRI, puesto que se trata de una opción para los Estados miembros. Por su parte, el citado autor piensa que en la futura reforma deberían aparecer estas posibilidades de ampliación inicial del plazo o de prórroga, puesto que puede facilitar que se consiga finalmente un acuerdo<sup>45</sup>.

Por último, el artículo 6.9 de la DRI establece un sistema obligatorio de control ex post de la suspensión, el cual no se contempla en nuestro sistema, que permite alzar la suspensión en cualquiera de los supuestos ahí señalados: “cuando la suspensión ya no cumpla el objetivo de favorecer las negociaciones sobre el plan de reestructuración, por ejemplo en caso de que quede manifiesto que una parte de los acreedores que, en virtud de la normativa nacional, podría evitar la adopción del plan de reestructuración, no apoya la continuación de las negociaciones; a petición del deudor o del administrador en materia de reestructuración; en los casos previstos en la normativa nacional, cuando uno a varios acreedores o una o varias categorías de acreedores se vean o puedan

---

<sup>44</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *op. cit.*

<sup>45</sup> *Ibidem.*

verse injustamente perjudicados por la suspensión de las ejecuciones singulares, o en los casos previstos en la normativa nacional, si la suspensión da lugar a la insolvencia de un acreedor”.

Sin embargo, el precepto termina señalando que no se podrá alzar la suspensión, a pesar de la concurrencia de estas causas, durante el período inicial de suspensión de cuatro meses. Todo ello para aportar seguridad al deudor, pero también a sus acreedores, de que durante esos cuatro meses podrá negociar el acuerdo de refinanciación, con independencia del posterior alzamiento de la suspensión<sup>46</sup>.

Por otro lado, el artículo 7 de la DRI dispone que quedará interrumpida, durante la suspensión de las ejecuciones singulares, la obligación de solicitar el concurso, pero existe una posible excepción en su apartado tercero, facultativa para los Estados miembros, cuando el deudor carezca de liquidez y, por consiguiente, sea incapaz de hacer frente al pago de sus deudas. En nuestro país la doctrina no era pacífica en torno a si debe considerarse una suspensión propiamente dicha o si se trata de una prórroga o aplazamiento. La aplicación de la DRI permite considerar que nos encontramos ante una simple suspensión del deber durante el plazo señalado legalmente<sup>47</sup>.

#### **4. Adopción, confirmación y recursos de los planes de reestructuración**

##### **4.1 Adopción**

De conformidad con el artículo 9 de la DRI, se encuentran legitimados para la presentación de un plan de reestructuración el deudor, los acreedores y el administrador si así lo prevén los Estados miembros.

Únicamente las partes afectadas por el plan tendrán derecho de voto en la adopción, pero los Estados miembros podrán excluir de dicho derecho a los socios, los acreedores cuyos créditos sean de rango inferior al de los créditos de los acreedores ordinarios y a cualquier persona relacionada con el deudor o la empresa del deudor que presente un conflicto de intereses con arreglo a la normativa nacional.

La exclusión de las personas relacionadas con el deudor o que presentan una situación de conflicto de intereses ya está contemplada en sede de homologación judicial de los acuerdos de refinanciación españoles. Asimismo, se establece que quedarán afectadas por la homologación de este y la extensión de sus efectos.

---

<sup>46</sup> GÓMEZ ASENSIO, C.: *op. cit.*, pp. 491 – 492.

<sup>47</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *op. cit.*

Las partes afectadas deberán estar agrupadas en categorías separadas y, como mínimo, los acreedores de los créditos garantizados y no garantizados deberán ser tratados como categorías distintas, aunque los Estados miembros podrán disponer que los deudores que sean pymes tengan la posibilidad de no tratar a las partes afectadas como categorías separadas. Por último, los Estados miembros establecerán medidas adecuadas para garantizar que la clasificación en categorías se realice de modo que tenga en cuenta la protección de los acreedores más vulnerables.

Los derechos de voto y la clasificación en categorías serán examinados por una autoridad judicial o administrativa cuando se presente la solicitud de confirmación del plan de reestructuración, aun así, los Estados miembros podrán establecer que se revise en una fase previa.

El sistema de doble mayoría de créditos y de partes es de exigencia potestativa para los Estados miembros. La DRI solo exige la concurrencia, en cada categoría de acreedores, de una mayoría del importe de los créditos o intereses, no de partes. En todo caso, una u otra mayoría no podrán ser superiores al 75% del importe de los créditos o intereses, o del número de partes afectadas, en cada categoría de acreedores en cuestión.

En el caso de los acuerdos de refinanciación españoles, en la actualidad, deben adherirse acreedores cuyos créditos representen, al menos, tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo, es decir, el 60% del pasivo del deudor conforme a lo establecido en el artículo 598.1.3º TRLC. No se exige un número mínimo de acreedores, por ello, si un solo acreedor ostenta al menos tres quintos del pasivo del deudor y suscribe el acuerdo de refinanciación con el deudor se deberá tener por cumplido el requisito.

El artículo 607.4 TRLC contiene, a su vez, una regla especial para computar las mayorías exigidas cuando los acreedores titulares del pasivo financiero estén vinculados entre sí por un acuerdo de sindicación. Los acreedores de préstamos sindicados suscriben el acuerdo cuando votan a su favor los que representen al menos el 75% del pasivo representado por el importe total del préstamo sindicado, o el porcentaje inferior que se hubiera acordado en las normas de sindicación del propio préstamo. El pacto de sindicación fue definido por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia 296/2016 como “un acuerdo extrasocietario o parasocial en el que los sindicados se comprometen, entre sí o frente a terceros, a votar en la junta general en un

determinado sentido, decidido por la mayoría del sindicato y mediante el ejercicio del voto por sí mismo o a través de un representante”<sup>48</sup>.

Por otro lado, deben ser acreedores del deudor en el momento en el que se adopte el acuerdo, con independencia de que, posteriormente, dejen de serlo<sup>49</sup>.

Estas mayorías están basadas en una sola categoría unitaria de acreedores, puesto que no existe un sistema de clasificación de los acreedores en categorías en nuestro ordenamiento. En consecuencia, el sistema de mayorías para la adopción de los acuerdos de refinanciación deberá adaptarse, lo que obligará a una revisión de los porcentajes constitutivos de mayoría. También se tendrá que estudiar la conveniencia o no de la instauración de un régimen que exija, junto a la mayoría del importe de los créditos, una de acreedores o partes afectadas que, como hemos dicho anteriormente, es facultativo para los Estados.

#### **4.2 Confirmación.**

La DRI establece un régimen de confirmación del plan de reestructuración por un órgano judicial o autoridad administrativa competente. El equivalente en nuestro ordenamiento jurídico es la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación.

En nuestro sistema actual, la homologación del acuerdo de refinanciación se realiza después de verificar la solicitud y la documentación presentada por la parte interesada y la contradicción se efectúa ulteriormente mediante la impugnación del auto de homologación, y sin que la sentencia pueda ser objeto de apelación.

La DRI, por su parte, establece que no puede ser el propio órgano judicial que ha homologado el acuerdo, quien revise la procedencia de esa resolución. Por tanto, nuestro ordenamiento al establecer que es el mismo órgano que ha homologado el que se encarga de la impugnación tendría que actualizarse.

La DRI prevé que no se pueda limitar a los acreedores afectados la posibilidad de oponerse, ya sea por un trámite previo a la confirmación o mediante una impugnación posterior.

En primer lugar, en su articulado encontramos un sistema que permite la posible impugnación ante un órgano jurisdiccional superior del acuerdo previamente homologado. En él se

---

<sup>48</sup> STS (Sala de lo Civil) de 5 de mayo de 2016 (rec. núm. 296/2016)

<sup>49</sup> AZNAR GINER, E.: “Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores” *op.cit.*, pp. 163 – 235.

mantiene la ventaja actual de que pueda lograrse con rapidez la homologación y que sus efectos sean inmediatos y no se suspendan con una posible impugnación. Su principal inconveniente es que las Audiencias provinciales, de media, resuelven en el plazo de un año los recursos de apelación. Si a esto sumamos que el trámite de impugnación es más complejo que el de una apelación, podemos concluir que seguramente la duración del trámite sea superior<sup>50</sup>.

Otro posible sistema se basaría en la posibilidad de contradicción previa a la homologación del acuerdo, eliminando el trámite de impugnación y, por tanto, proporcionando un sistema rápido y eficaz<sup>51</sup>.

Y, por último, también podría optarse por un sistema en el que fuese posible la contradicción previa a la homologación y la impugnación del acuerdo ante un órgano judicial superior<sup>52</sup>.

Este último sistema sería el más garantista para los acreedores, pero el inconveniente se daría, una vez más, con la demora en obtener la firmeza de la homologación. Y la incertidumbre que genera no se solventa, de acuerdo con SANCHO GALLARDO, con negar efecto suspensivo al recurso, al contrario de como sugiere el considerando 65 de la DRI, pues la fuente de esa incertidumbre radica en el riesgo de que la homologación del acuerdo pueda ser revocada al cabo de un año<sup>53</sup>.

El autor considera que a la hora de transponer la DRI, los dos sistemas óptimos serían el primero (homologación sin previa contradicción y posible impugnación ante la instancia judicial superior) y el segundo (homologación tras una posible contradicción).

El primer sistema, aunque se puede demorar un poco más en el tiempo, cuenta con la ventaja de ofrecer la posibilidad de contradicción ante un órgano distinto y superior al que otorgó la homologación.

Por su parte, el segundo garantiza un sistema más rápido sin por ello suprimir la contradicción entre las partes por lo que considero que es el más apropiado para instaurar en nuestro país.

---

<sup>50</sup> SANCHO GARGALLO, I.: “Revisión de la homologación de acuerdos de refinanciación en el marco de la Directiva UE 2019/1023”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm 33, 2020, pp. 5 – 9.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> SANCHO GARGALLO, I.: *op. cit.*

Otra opción que muestra el autor es que se podrían establecer estos dos sistemas de forma opcional y que sean las partes las que decidan el sistema que mejor se adapte a sus circunstancias.

#### 4.2.1 Los planes de reestructuración consensuados

En la DRI se parte, como regla general, del carácter consensuado y acordado entre las partes del contenido de la reestructuración. Sin embargo, el plan no tiene por qué ser aprobado por todos los acreedores. Esta posibilidad de reestructuración forzosa hace que sea más correcto hablar de planes de reestructuración en lugar acuerdos de reestructuración dado que el elemento consensual puede no estar presente<sup>54</sup>.

Solo serán vinculantes los planes de reestructuración que afecten a los créditos o los intereses de las partes afectadas disidentes, los que prevean una nueva financiación y los que conlleven la pérdida de más del 25 % del personal.

Además, será necesario que se cumplan de forma obligatoria los cinco requisitos establecidos en el artículo 10.2 de la DRI:

- El plan de reestructuración es necesario que se haya adoptado de conformidad con el artículo 9;
- Los acreedores con una comunidad de intereses suficiente en la misma categoría deben ser tratados por igual y de manera proporcionada a su crédito;
- El plan de reestructuración se debe haber notificado de conformidad con la normativa nacional a todas las partes afectadas;
- Cuando haya acreedores disidentes, el plan de reestructuración tiene que superar la prueba del interés superior de los acreedores y;
- En el caso de que se produzca nueva financiación, que esta sea necesaria para cumplir el plan de reestructuración y no perjudique injustamente los intereses de los acreedores.

Con carácter potestativo, según lo dispuesto en el artículo 10.3 de la DRI, los Estados miembros pueden introducir un sexto requisito, que es que el plan ofrezca una perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor o de garantizar la viabilidad de la empresa.

---

<sup>54</sup>PULGAR EZQUERRA, J.: “Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023”, *op.cit.*

El interés superior de los acreedores se supera, según la DRI en su art. 2.1 6): “si se demuestra que ningún acreedor disidente se vería perjudicado por el plan de reestructuración en comparación con la situación de dicho acreedor si se aplicase el orden normal de prelación en la liquidación según la normativa nacional, tanto en el caso de liquidación de la empresa, ya sea mediante liquidación por partes o venta de la empresa como empresa en funcionamiento, como en el caso de la mejor solución alternativa si no se hubiese confirmado el plan de reestructuración”.

La reestructuración siempre debe ser más beneficiosa que la liquidación y la diferencia entre el valor de reestructuración y el valor de liquidación constituye lo que se conoce como prima de reestructuración, la cual se reparte entre las categorías de acreedores. La finalidad de la prueba del interés superior de los acreedores es asegurar al acreedor que su cuota de reestructuración va a ser mayor que su cuota de liquidación. Cabe añadir que el examen de la superación de la prueba del interés superior de los acreedores se realiza en exclusiva con carácter ex post a la aprobación del plan de reestructuración y solo será ejercido en el caso de que se acuda a la correspondiente impugnación<sup>55</sup>.

En nuestro país, a la hora de homologar judicialmente los acuerdos de refinanciación, no existe este mecanismo por lo que habrá de incorporarse.

#### 4.1.2 Planes de reestructuración no consensuados

Los planes de reestructuración no consensuados, como hemos comentado anteriormente, son aquellos en los que el plan no ha sido aprobado por todas las categorías de acreedores, sino que existe alguna o algunas que no han votado a favor de su adopción.

La solicitud para la confirmación del plan solo puede ser presentada por el deudor, o por un acreedor con el consentimiento del deudor, aunque los Estados miembros pueden limitar este requisito a los casos en los que el deudor sea una pyme.

Para que el plan de reestructuración se convierta en vinculante para los acreedores disidentes se deberán cumplir los cuatro requisitos establecidos en el artículo 11.1 de la DRI:

- Las condiciones mínimas obligatorias expuestas y, en su caso, la potestativa;
- Aprobación como mínimo por una categoría de acreedores garantizados o de rango superior a los ordinarios o, en su defecto, por una de las categorías que no recibiría, o no cabría

---

<sup>55</sup>GÓMEZ ASENSIO, C.: *op. cit.*, pp. 503 – 505.

razonablemente suponer que reciba ningún pago, si se aplicase el orden de prelación normal y;

- Se debe garantizar que las categorías de los acreedores disidentes afectados reciban un trato al menos igual de favorable que el de cualquier otra categoría del mismo rango y más favorable que el de cualquier categoría de rango inferior.

Respecto a esto último, que los acreedores con categoría superior tengan preferencia supone que el resto de los acreedores intente evitar llegar a una reestructuración forzosa por medio de acuerdo, puesto que se verían altamente perjudicados. Sin embargo, los Estados miembros pueden implementar la regla de la prioridad relativa, por medio de la cual los acreedores de categorías inferiores pueden mantener una posición preferente en determinados supuestos respecto de algunos de categoría superior. La finalidad de la regla de la prioridad relativa es que los acreedores de categorías inferiores no abandonen el plan de reestructuración por no ver probable percibir ninguna retribución. Sin embargo, PULGAR EZQUERRA como contrapartida advierte que debemos ir con cautela debido a que no tenemos precedentes – ningún Estado miembro ha adoptado previamente esta regla – y que el mercado crediticio se puede ver negativamente afectado<sup>56</sup>.

### 4.3 Recursos

En base al artículo 16 DRI los recursos contra una resolución que apruebe o deniegue un plan de reestructuración deberán de interponerse ante una autoridad judicial superior, lo que obligará a modificar el sistema actual en España, en donde se resuelve por la misma autoridad mediante recurso de reposición según lo establecido en el artículo 546 TRLC. En el caso de que la resolución haya sido adoptada por una autoridad administrativa el recurso se debe interponer ante una autoridad judicial.

El recurso contra una decisión confirmatoria no tendrá efectos suspensivos sobre la ejecución de dicho plan, salvo cuando los Estados miembros consideren que sea necesario para garantizar los intereses de alguna parte.

En el supuesto de que se estime el recurso, la autoridad judicial puede dejar sin efecto el plan de reestructuración o confirmarlo con o sin enmiendas, según lo establecido en la normativa nacional.

---

<sup>56</sup>PULGAR EZQUERRA, J.: “Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023”, *op.cit.*

## 5. Protección de la financiación y de otras operaciones relacionadas con la reestructuración

La financiación constituye un elemento esencial para la actividad de las empresas, especialmente cuando se encuentran en situación de crisis económica.

En relación con la actual crisis económico-sanitaria producida por el COVID-19, la Comunicación de la Comisión relativa a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19, se trata de una respuesta inmediata y coordinada para neutralizar el efecto del virus en el ámbito de Europa<sup>57</sup>. Recalca la posibilidad de que los estados refuercen la liquidez del sistema financiero y el acceso a la financiación de las pymes.

En España han sido aprobados, en virtud del Real Decreto-Ley 8/2020, créditos públicos de hasta cien mil millones de euros para respaldar y cubrir la financiación dispensada por entidades financieras a las empresas<sup>58</sup>. Con ello se persigue propiciar la financiación procedente de los bancos y evitar el riesgo de que la actual crisis derive en otra nueva crisis económica.

A través del Instituto de Crédito Oficial el Estado español también se otorgarán garantías por cien mil millones de euros para facilitar la concesión de préstamos a empresas y autónomos. Igualmente, se podrán destinar los créditos a la Compañía Española de Reafianzamiento Sociedad Anónima, así como a pagarés incorporados al Mercado de Renta Fija de la Asociación de Intermediarios de Activos Financieros y al Mercado Alternativo de Renta Fija<sup>59</sup>.

No obstante, PULGAR EZQUERRA recalca que las ayudas de estado no permiten por sí solas y en sí mismas que las empresas se sobrepongan a sus dificultades económicas a largo plazo<sup>60</sup>.

De acuerdo con la DRI los Estados miembros deben garantizar que se proteja adecuadamente la nueva financiación y la financiación provisional, para que en el caso de una posterior insolvencia del deudor no puedan ser declaradas nulas, anulables o inejecutables y a los prestadores de dicha financiación no se les pueda exigir responsabilidad civil, administrativa o

---

<sup>57</sup>Comunicación de la Comisión Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19, de 20 de marzo de 2020. Diario Oficial de la Unión Europea CI 91/1.

<sup>58</sup>Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Boletín Oficial del Estado n.º 73, de 18 de marzo de 2020.

<sup>59</sup>Disponible en <https://www.mineco.gob.es> (fecha de última consulta 26 de marzo de 2021).

<sup>60</sup>PULGAR EZQUERRA, J.: “Reestructuración empresarial y alarma Covid 2019: legislación preconcursal y concursal de emergencia”, *op. cit.*

penal, a no ser que concurran otros motivos adicionales establecidos en la normativa nacional. Sin embargo, los Estados miembros podrán establecer que solo sea aplicable a la nueva financiación si una autoridad judicial o administrativa ha confirmado el plan de reestructuración y, en el caso de la financiación provisional, si ha sido sometida a un control previo.

Tanto la nueva financiación como la provisional aparecen definidas en el artículo 2 de la DRI. La primera se describe como “toda nueva ayuda financiera prestada por un acreedor existente o un nuevo acreedor para llevar a cabo un plan de reestructuración e incluida en dicho plan de reestructuración” y la segunda como “toda nueva ayuda financiera, prestada por un acreedor existente o un nuevo acreedor, que incluya, como mínimo, ayuda financiera durante la suspensión de las ejecuciones singulares, y que sea razonable y sea necesaria inmediatamente para que la empresa del deudor pueda continuar operando o con el fin de preservar o mejorar el valor de dicha empresa”.

Por consiguiente, la nueva financiación es imprescindible para el plan de reestructuración mientras que la financiación provisional es anterior en el tiempo y no está ligada al mismo, sino a la preservación del valor de la empresa.

Para garantizar la protección frente a las acciones rescisorias debería exigirse la homologación judicial por el juez, opción ya contemplada en el nuestro ordenamiento.

Por otro lado, los Estados miembros pueden establecer que los prestadores de nueva financiación o financiación provisional tengan preferencia a la hora de recibir el pago en un eventual procedimiento de insolvencia en relación con otros acreedores que, de otro modo, tendrían pretensiones iguales o superiores. Esta situación abre un debate sobre si resulta conveniente limitar de tal forma el libre mercado y competencia, puesto que si se otorgasen privilegios estos irían en detrimento de otros agentes económicos<sup>61</sup>.

No solo es de protección la financiación, nueva o provisional, sino cualquier operación que sea razonable y necesaria para la ejecución de un plan de reestructuración y que se efectúe de conformidad con el plan de reestructuración confirmado por una autoridad judicial o administrativa. En el apartado cuarto del artículo 18 de la DRI aparecen algunos ejemplos:

---

<sup>61</sup> PULGAR EZQUERRA, J.: “Financiación preconcursal interna de empresas en reestructuración: régimen vigente y normas temporales COVID-19”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 34, 2021. Disponible en <http://www.smarteca.es> (fecha de última consulta 25 de marzo de 2021).

- El pago de tasas y costes relacionados con la negociación, la adopción o la confirmación de un plan de reestructuración,
- El pago de honorarios y costes de asesoramiento profesional vinculados con la reestructuración,
- El pago de los salarios de los trabajadores ya realizados y,
- Cualquier otro pago y desembolso efectuados en el curso normal de la actividad de la empresa.

España, para transponer de forma efectiva la DRI, debe crearse la figura de la financiación, hasta el momento inexistente en nuestro ordenamiento, y acomodarse a lo regulado respecto al control de la financiación y protección de los acreedores preexistentes. Uno de los cambios que se van a producir es la obligación de condicionar la protección de la financiación a la homologación judicial del acuerdo.

La DRI obliga a regular las posibles causas de impugnación de la nueva financiación. En nuestro derecho ya contamos con el carácter desproporcionado del sacrificio exigido al acreedor, pero PULGAR EZQUERRA considera que sería conveniente regular causas específicas<sup>62</sup>.

En nuestro ordenamiento la impugnación no permite al juez confirmar el plan de reestructuración con enmiendas, lo que la autora recalca que no es apropiado debido a que su posterior modificación en sede de homologación judicial generaría inseguridad al financiador<sup>63</sup>.

La DRI también establece la novedad de conceder una indemnización a cualquier parte que haya soportado pérdidas financieras con la impugnación de la homologación del acuerdo. Como posibles objeciones la autora establece que puede resultar una complicación fijar las cantidades que deben percibir y que el acreedor pasaría a estar nuevamente en la posición en la que se encontraba antes de la financiación<sup>64</sup>.

En otro orden de cosas, el financiador puede proteger la financiación aportado por medio de la prededucción al 100% del *fresh money*, lo que garantiza que estos créditos puedan ser satisfechos con anterioridad al resto. En nuestro modelo la prededucción se produce sobre el 50%, pero, aunque

---

<sup>62</sup> PULGAR EZQUERRA, J.: “Financiación preconcursal interna de empresas en reestructuración: régimen vigente y normas temporales COVID-19”, *op. cit.*

<sup>63</sup> *Ibidem.*

<sup>64</sup> *Ibidem.*

lo hiciese sobre el 100% no se produciría un menoscabo contra los créditos contra la masa ni los de los trabajadores, que seguirían estando en primer lugar<sup>65</sup>.

## 6. Exoneración de deudas e inhabilitaciones

La DRI prevé que los empresarios que sean declarados insolventes tengan acceso a un procedimiento que pueda llevar a la plena exoneración de sus deudas, aunque los Estados miembros podrán exigir que haya finalizado la actividad comercial, industrial, artesanal o profesional de estos.

Entre los sistemas actuales de exoneración de deudas en Europa encontramos el de *mercado*, típico de países anglosajones, que garantiza una exoneración de deudas inmediata al deudor de buena fe para lograr su pronta recuperación<sup>66</sup>.

Otro modelo es el de *responsabilidad* o también llamado de *rehabilitación* vigente en Alemania, Austria y Portugal. Otorga de forma provisional la exoneración y, tras un periodo de buena conducta, esta pasa a ser definitiva sobre el pasivo que no se haya satisfecho. El deudor en este período de buena conducta debe intentar pagar sus deudas y solo en Austria se exige pagar un mínimo, en concreto, los gastos del procedimiento más el 10% de los créditos. España, al igual que Austria, requiere un umbral de pasivo mínimo, lo que no resulta recomendable puesto que el 80% de los deudores no pueden pagar el 10% de los créditos<sup>67</sup>.

El tercer modelo es el de *merecimiento*, el cual lo encontramos en Francia, Bélgica y países escandinavos. En un primer momento, conocen del asunto las Comisiones de Sobreendeudamiento, en las que se intenta conseguir un acuerdo, y en caso de no alcanzarse, el Juez contaría con un gran margen de discrecionalidad, pudiendo adaptarse a las necesidades de los deudores y teniendo en consideración, a su vez, el comportamiento de los acreedores<sup>68</sup>.

En nuestro país contamos con un modelo propio, aunque comparte, como hemos visto, algunos aspectos de los anteriores.

La DRI no regula un modelo de exoneración, dejando a los Estados un gran margen de maniobra. Sin embargo, es de obligada aplicación para todos lo siguiente: el empresario debe tener derecho a la exoneración plena de sus deudas, el plazo para su obtención no puede ser superior a

---

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> CUENA CASAS, M.: *op. cit.*

<sup>67</sup> CUENA CASAS, M.: *op. cit.*

<sup>68</sup> *Ibidem*.

tres años y el plan de pagos debe tener en cuenta la situación individual del empresario y ser proporcionado a los activos y la renta embargables o disponibles del empresario<sup>69</sup>.

Sin contar con las especificaciones del párrafo anterior, de obligado cumplimiento para todos los Estados, estos pueden elegir el modelo de exoneración de deudas que consideren más adecuado entre las siguientes opciones: una exoneración directa sin plan de pagos, una exoneración sin liquidación del patrimonio del deudor con un plan de pagos impuesto judicialmente o, también, podría darse una exoneración con liquidación y plan de pagos, pero ajustado a la situación patrimonial del deudor<sup>70</sup>.

En nuestro ordenamiento actual, hay dos clases de exoneración, la inmediata y la asociada a un plan de pagos. CUENA CASAS hace la siguiente propuesta de exoneración para mejorar este sistema:

1. Considera que para los supuestos de concursos sin masa activa debe eliminarse la necesidad de intentar un acuerdo y que el deudor debe alcanzar la exoneración de forma inmediata debido a que un deudor sin masa activa no podría hacer frente a sus deudas.
2. En el supuesto de que el concurso sí contase con masa activa, estima que en este caso el deudor sí debe aspirar a lograr un acuerdo. De no alcanzarse, el juez podría implantar un plan de pagos considerado factible por el administrador concursal. Además, manifiesta que los ingresos valorados como inembargables deberán ser abonados para el pago de sus deudas durante el plazo de tres años<sup>71</sup>.

Conforme a lo establecido en la DRI, como hemos visto, se tendrá acceso a la exoneración en un plazo que no podrá ser superior a tres años. El plazo empezará a contar en momentos diferentes: en el caso de los procedimientos que incluyan un plan de pagos se computará desde la fecha en que la autoridad judicial o administrativa confirme el plan o el inicio de la aplicación del plan y, en los demás procedimientos, desde la fecha de la decisión de la autoridad judicial o

---

<sup>69</sup>SENENT MARTÍNEZ, S.: “Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 32, 2020. Disponible en <http://www.smarteca.es> (fecha de última consulta 25 de marzo de 2021).

<sup>70</sup>BRENÉS CORTÉS, J.: “Algunas cuestiones relevantes que suscita la regulación contenida en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en materia de instrumentos de alerta, exoneración de deudas y segunda oportunidad”, *Revista Lex Mercatoria*, núm 14, 2020, p. 58.

<sup>71</sup>CUENA CASAS, M.: *op. cit.*

administrativa de abrir el procedimiento o en la que se determine la masa concursal del deudor. Se generarán, por tanto, diferencias entre los diferentes Estados miembros según el procedimiento de exoneración de deudas que hayan elegido.

Los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones que denieguen o restrinjan el acceso a la exoneración de deudas, que la revoquen o que establezcan plazos más largos para su obtención cuando el empresario insolvente haya actuado de mala fe. Su fijación dependerá de cada Estado miembro, por lo que se trata de otro aspecto en el que no habrá uniformidad.

Se podrá denegar o restringir el uso de la exoneración, recogidas en el artículo 23.2 de la DRI, cuando:

- El empresario insolvente haya vulnerado sustancialmente las obligaciones asumidas en virtud de un plan de pagos o cualquier otra dirigida a proteger los intereses de los acreedores; cuando el deudor insolvente haya incumplido sus obligaciones en materia de información o cooperación;
- Se produzcan solicitudes abusivas, aunque no se fija qué determina que una solicitud sea abusiva; en caso de presentación de una nueva solicitud de exoneración a partir del momento en que el empresario insolvente haya obtenido la plena exoneración o del momento en que se le haya denegado debido a una vulneración grave de sus obligaciones de información o cooperación;
- No esté cubierto el coste del procedimiento, lo cual excluye injustamente a quienes tienen menos recursos disponibles y;
- Sea necesaria una excepción para garantizar el equilibrio entre los derechos del deudor y los derechos de uno o varios acreedores, es decir, podría suceder que un acreedor no pudiese exonerar sus deudas a pesar de que la deuda fuera exonerable.

Podemos apreciar que se produce una inversión de la carga de la prueba, ya que el deudor no tendría que probar su buena fe como, por el contrario, sí se exige en nuestro ordenamiento<sup>72</sup>. Asimismo, la DRI tampoco impone la prohibición de obtener la exoneración cuando el deudor tiene mala fe, pero a mi juicio este aspecto es criticable puesto que nada incentivaría que el deudor actúe correctamente y, además, se estaría premiando la mala conducta del deudor.

---

<sup>72</sup>CUENA CASAS, M.: *op. cit.*

La DRI, en su Considerando 79, instruye, a su vez, a los Estados miembros para que a la hora de valorar la actuación del deudor observen, entre otras circunstancias, la naturaleza y el importe de la deuda, el momento en que se ha contraído y los esfuerzos realizados por el empresario para abonarla y por cumplir con las obligaciones legales. Por ello, podemos afirmar que se le ofrece un gran margen de discrecionalidad al juez a la hora de poder valorar la buena fe del deudor.

Por el contrario, el artículo 487 TRLC establece reglas rígidas para acceder a la exoneración en nuestro país y que dejan escaso margen de valoración al juez. Tanto en el caso de la exoneración inmediata como en el plan de pagos son requisitos indispensables que el concurso no haya sido declarado culpable y que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso.

En lo relativo a la exoneración inmediata es necesario que se hayan satisfecho los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, se deberá pagar el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios, por su parte, en la exoneración vinculada a un plan de pagos, el deudor tiene que haber cumplido con sus obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 135 TRLC; no debe haber obtenido este beneficio de exoneración dentro de los diez últimos años; no debe haber rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad; debe aceptar de forma expresa que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años y debe haber intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos previamente.

Como he comentado anteriormente, considero que es un error que los deudores de mala fe puedan acceder a la exoneración, al mismo tiempo, la rigidez del sistema español tampoco me parece apropiada. La confluencia entre el sistema menos restrictivo de la DRI y la necesidad de que el deudor sea de buena fe – instaurada en el ordenamiento jurídico español – me parece la solución más adecuada.

Por otro lado, los Estados miembros, en virtud del artículo 23.3 de la DRI, podrán prever unos plazos de exoneración más largos en los casos en que: “una autoridad judicial o administrativa apruebe u ordene medidas cautelares para salvaguardar la residencia principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia, o los activos esenciales para que el empresario

pueda continuar su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, o no se ejecute la vivienda principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia”.

Los Estados miembros pueden incluir las deudas no exonerables que consideren convenientes, siempre y cuando lo justifiquen. Las deudas que la DRI, a título de ejemplo, expone como justificadas aparecen en el apartado cuarto del artículo 23 y son las siguientes:

1. Las deudas garantizadas, pero solo hasta la cuantía del valor de la garantía que determine la normativa nacional. Este es el régimen contemplado en el artículo 497 TRLC.
2. Las deudas derivadas de sanciones penales o relacionadas con estas.
3. Las deudas derivadas de responsabilidad extracontractual.
4. Las deudas relativas a obligaciones de alimentos, incluida la pensión compensatoria. En nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 497 TRLC, las prestaciones de alimentos debidas y no pagadas no son exonerables para el deudor que se acoge a un plan de pagos, por tanto, esta cuestión se deberá solventar para adaptarse a la DRI.
5. Las deudas contraídas tras la solicitud o la apertura del procedimiento de exoneración de deudas.
6. Las deudas derivadas de la obligación de pagar los costes de un procedimiento de exoneración de deudas.

En ninguna de las exclusiones anteriores se hace referencia al crédito público, por tanto, se deja al arbitrio de los Estados miembros el que se exonere o no. Actualmente en España, la exclusión del crédito público depende de si el deudor se acoge o no al plan de pagos, en concreto, cuando lo implementa se excluyen los créditos de derecho público y por alimentos. En opinión de CUENA CASAS, el legislador español debería exonerar el crédito público indistintamente, sin tener en cuenta si se acogen a un plan de pagos. Cabe destacar, además, que la mayoría de las legislaciones permiten su exoneración, pero en mayor medida respecto de deudas que no tienen carácter sancionador, como los impuestos y las tasas. Otra posible solución que propone es que se pueda exonerar el 50% del crédito público solo cuando el deudor consiga pagar el otro 50%<sup>73</sup>. Esta se trataría de una solución intermedia que beneficiaría en partes a las dos posiciones.

---

<sup>73</sup>CUENA CASAS, M.: *op. cit.*

No se establece si el Juez del concurso debe comunicar la exoneración a los acreedores, registros de solvencia y demás; sin embargo, la mera comunicación, aun aportando copia del auto, no goza de autoridad y, por tanto, los requeridos no están obligados a cumplir la resolución judicial.

Tampoco se fija si el auto es ejecutable, de modo que, si el Juez no comunica la exoneración, el deudor tendría que interponer una demanda incidental ante el Juez del concurso. Por consiguiente, una de las propuestas de la Asociación de consumidores especializada en la protección del usuario financiero (ASUFIN) es que el Juez del concurso, tanto al dictarse el auto como en un momento posterior si fuese necesario, deberá comunicar a los deudores y a cualquier tercero la exoneración<sup>74</sup>.

Finalmente, cabe señalar que el objetivo de la exoneración de deudas es la rehabilitación del deudor con la finalidad de que pueda iniciar nuevas actividades empresariales, por tanto, cuando un empresario insolvente obtenga una exoneración la inhabilitación debe dejar de ser efectiva. Excepcionalmente, el artículo 23 de la DRI establece que “los Estados miembros podrán establecer períodos de inhabilitación más largos o indefinidos cuando el empresario insolvente sea miembro de una profesión a la que se aplican normas éticas específicas o normas específicas en materia de reputación o conocimientos especializados, y el empresario haya infringido dichas normas, o relacionada con la gestión de bienes de terceros”.

## 7. Conclusiones

Una vez estudiada la futura transformación que se producirá en los acuerdos de refinanciación con la aplicación de la Directiva podemos concluir que ofrece un amplio margen a los países para su transposición, lo que, desde mi punto de vista, dificulta que haya homogeneidad en esta materia en los distintos Estados miembros, que al fin y al cabo es lo que en gran parte pretende.

Aun así, establece una serie de disposiciones obligatorias, y muchas de ellas necesarias, entre las que se encuentran:

- Los deudores podrán acceder a mecanismos de alerta temprana que permitan conocer rápidamente cuando se encuentran ante situaciones de insolvencia, o próximas a ella, y poder tomar las medidas necesarias lo antes posible.
- Los marcos de reestructuración preventiva:
  - Se podrán erigir en procesos extrajudiciales.

---

<sup>74</sup>FIDALGO GALLARDO, C y SUÁREZ RAMÍREZ, P.: “Hacia la reforma del mecanismo de Segunda Oportunidad. Las propuestas de ASUFIN en la Consulta Pública sobre la Transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre Reestructuración e Insolvencia”, *Diario La Ley*, nº 9693, 2020, Disponible en <http://www.smarteca.es> (fecha de última consulta 27 de marzo de 2021).



- Se podrán adoptar pruebas de viabilidad.
- Se deberán nombrar administradores en materia de reestructuración en algunos casos tasados.
- Se suspenderán las ejecuciones singulares con un plazo de cuatro meses, pudiéndose ampliar a un máximo de doce.
- En la adopción de los planes de reestructuración:
  - Las partes no afectadas, y ciertas clases de créditos que resulten excluidos, no tendrán derecho de voto.
  - Es necesario que en cada categoría de acreedores se consiga la mayoría. La instaurará cada Estado con un máximo del 75%.
- En la confirmación de los planes de reestructuración:
  - Se deberán de confirmar por las autoridades, como mínimo, cuando estén afectadas las partes disidentes, haya nueva financiación, o cuando haya una pérdida de más del 25% del personal.
  - Se introduce la prueba del interés superior de los acreedores.
  - Se da la posibilidad de aplicar la regla de prioridad absoluta o relativa, siendo esta última una novedad.
- Los recursos deberán de interponerse ante una autoridad judicial superior.
- Se protege la financiación con la imposibilidad de declararla nula, anulable o inejecutable, así como la imposibilidad de exigir responsabilidad civil, administrativa o penal a los prestatarios, salvo en casos como la mala fe, fraude o el conflicto de intereses.
- Los empresarios insolventes deben tener acceso a un procedimiento de plena exoneración de deudas:
  - El plazo para obtenerla no podrá ser superior a tres años.

Mas allá de lo expuesto, el legislador español debe decidir cómo aplicar la guía general que le ofrece la Directiva y elegir entre los diversos sistemas que han ido elaborando las corrientes doctrinales para las distintas materias. Muchos de ellos mejorarían en gran medida nuestro actual sistema, sin embargo, debido al gran margen otorgado se crea el inconveniente de que dependiendo de la regulación final que se decida aplicar habrá una mejora real o no.

## 8. Bibliografía

AZNAR GINER, E.:

- “Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores”. *La protección del acuerdo de refinanciación frente a la acción rescisoria concursal*. 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 7 – 29.
- “La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal”. *Procedimiento de homologación*. 1ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 89 – 126

BRENÉS CORTÉS, J.: “Algunas cuestiones relevantes que suscita la regulación contenida en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en materia de instrumentos de alerta, exoneración de deudas y segunda oportunidad”, *Revista Lex Mercatoria*, núm 14, 2020, p. 58.

BUGALLAL, M.: “Comentario a la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal”, *Legal Today*, 20 de junio de 2012. Disponible en <http://www.legaltoday.com> (fecha de la última consulta: 19 de abril de 2020).

CUENA CASAS, M.: “La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español”. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 32, 2020. Disponible en <http://www.smarteca.es> (fecha de última consulta: 19 de marzo de 2021).

FIDALGO GALLARDO, C y SUÁREZ RAMÍREZ, P.: “Hacia la reforma del mecanismo de Segunda Oportunidad. Las propuestas de ASUFIN en la Consulta Pública sobre la Transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre Reestructuración e Insolvencia”, *Diario La Ley*, nº 9693, 2020, Disponible en <http://www.smarteca.es> (fecha de última consulta 27 de marzo de 2021).

FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: “La incidencia de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva sobre los artículos 5 bis y 235 de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 32, 2020. Disponible en <http://www.smarteca.es> (fecha de última consulta 22 de marzo de 2021).

GONZAGA SERRANO DE TOLEDO, L. (2011): “La legislación concursal: respuestas jurídicas para una crisis”, *XXXIII Jornadas de la Abogacía General del Estado*, Reflexiones de Derecho Administrativo Económico sobre concurso y segunda oportunidad, Burgos.

GÓMEZ ASENSIO, C.: “La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm 12, 2020 p. 488.

HERBOSA MARTÍNEZ. I y ARENAS ALEGRÍA. C.: “La Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: su repercusión sobre las pequeñas y medianas empresas (PYMES)”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm 8-9, 2019, p. 14.

LADO CASTRO-RIAL, C.: “Alertas tempranas y Administraciones Públicas en la Directiva 2019/1023 de reestructuración”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 33, 2020. Disponible en <http://www.smarteca.es> (fecha de última consulta 21 de marzo de 2021).

LEÓN SANZ, F. J.: “Estudios Jurídicos En Memoria Del Profesor Emilio Beltrán : Liber Amicorum”. *La Reforma De Los Acuerdos De Refinanciación Preconcursoales*. 1ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1249 – 1286.

LLORET, J., CAICOYA, J. y LORENTE, R.: "ALERTAS TEMPRANAS. La aplicación a la situación en España", *Diario La Ley*, nº 9640, 2020. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es> (fecha de última consulta: 21 de julio de 2020).

MOLINA, C.: “El 90% de los concursos de acreedores acaba en liquidación”, *Cinco Días*, 3 de octubre de 2019. Disponible en: <https://www.icjce.es> (fecha de la última consulta: 17 de abril de 2020)

MOYA BALLESTER, J.: “Mecanismos preventivos del concurso de acreedores, los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos”. *Los mecanismos preventivos del concurso*. 1ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 7 – 47.

PULGAR EZQUERRA, J.:

- “Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023”, *Diario La Ley*, nº 9474, 2019. Disponible en <http://www.smarteca.es> (fecha de última consulta 22 de marzo de 2021).
- “Reestructuración empresarial y alarma Covid 2019: legislación preconcursal y concursal de emergencia”. *Diario La Ley*, nº 9606, 2020. Disponible en <http://www.smarteca.es> (fecha de última consulta 21 de marzo de 2021).
- “Financiación preconcursal interna de empresas en reestructuración: régimen vigente y normas temporales COVID-19”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 34, 2021. Disponible en <http://www.smarteca.es> (fecha de última consulta 25 de marzo de 2021).
- PULGAR EZQUERRA, J.: “De los acuerdos de refinanciación”, en AA.VV. (PULGAR EZQUERRA, J., Dir.): *Comentario a la Ley Concursal Tomo II*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2020, pp. 134 y 139.

SANCHO GARGALLO, I.: “Revisión de la homologación de acuerdos de refinanciación en el marco de la Directiva UE 2019/1023”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm 33, 2020, pp. 5 – 9.

SENENT MARTÍNEZ, S.: “Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 32, 2020. Disponible en <http://www.smarteca.es> (fecha de última consulta 25 de marzo de 2021).