

Hacia la construcción de un derecho europeo de reestructuraciones empresariales

Towards the Construction of a European Corporate Restructuring Law

Pedro LÓPEZ RAMÍREZ

Universidad Complutense de Madrid

pedlop05@ucm.es

ORCID: 0009-0003-0470-2704

Recepción: Noviembre 2024

Aceptación: Diciembre 2024

RESUMEN

Este artículo repasa la evolución de la construcción del Derecho Europeo de Reestructuraciones Empresariales, analizando los principales modelos europeos para definir la legislación de referencia sobre el cual se sustentará dicho Derecho.

La Comisión Europea desde el año 2000 ha perseguido la armonización del Derecho Europeo sobre procedimientos transfronterizos de insolvencia, ya que se ha constatado la importancia de establecer eficaces y expeditivos mecanismos de entrada y salida del mercado económico de las compañías. lo cual incentivará la actividad económica al fomentarse de este modo, la competencia a nivel europeo.

El objetivo principal de este trabajo es ofrecer una visión general de cómo ha cambiado la tradicional finalidad liquidativa de los procedimientos de insolvencia a un objetivo más acorde con los tiempos actuales, i.e. tratar de mantener la actividad económica y el empleo de compañías viables con problemas de endeudamiento mediante la reestructuración en etapas tempranas para conservar el valor de las compañías evitando los costes de insolvencia.

Palabras clave: Derecho Europeo de Reestructuraciones Empresariales, Viabilidad empresarial, Costes de insolvencia, Reestructuración de compañías, Resiliencia, Ley 16/2022 de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Clasificación JEL: K35, K33.

ABSTRACT

This article reviews the evolution of the construction of European Corporate Restructuring Law, analysing the main European models to define the reference legislation on which said Law will be based.

Since 2000, the European Commission has pursued the harmonization of European Law on cross-border insolvency procedures, since the importance of establishing effective and expeditious mechanisms for companies to enter and exit the economic market has been confirmed, which will encourage economic activity by promoting competition at European level in this way.

The main objective of this paper is to provide an overview of how the traditional liquidation purpose of insolvency proceedings has changed to an objective more in line with the current times, i.e. to try to maintain the economic activity and employment of viable companies with debt problems through restructuring in early stages to preserve the value of the companies avoiding insolvency costs.

Keywords: European Business Restructuring Law, Business Viability, Insolvency Costs, Company Restructuring, Resilience, Law 16/2022 on the reform of the Consolidated Text of the Insolvency Law.

JEL Classification: K35, K33.



1. INTRODUCCIÓN

Se acaban de cumplir dos años desde que entró en vigor la Ley 16/2022 de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, la cual se aprobó para la trasposición de la Directiva (UE) 2019/2013 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.

Inicialmente, se va a analizar los principales modelos europeos sobre los cuales se ha basado la Comisión Europea para construir el Derecho Europeo de Insolvencia.

A continuación, se van a repasar la evolución de la construcción del marco del Derecho Europeo de Reestructuraciones Empresariales que culminó con la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019 que será de obligada trasposición por las leyes concursales de los países miembros de la Unión Europea.

Finalmente, se señalará brevemente la normativa sobre planes de reestructuración contenida en la Ley 16/2022 que es sin duda la novedad más relevante que introduce la ley para favorecer el mantenimiento de la actividad económica de empresas viables para que conserven el valor y se eviten los costes de insolvencia, como la propia directiva europea promulga.

75

2. PRINCIPALES MODELOS CONCURSALES EUROPEOS EN EL DESARROLLO DE UN DERECHO EUROPEO DE INSOLVENCIA

A continuación, se van a estudiar los modelos concursales francés, inglés y alemán con la finalidad de intentar establecer el marco de derecho concursal en el que se desarrolló el Derecho Europeo de Reestructuraciones Empresariales.

Se trata de modelos concursales muy diferentes, ya que en el sistema concursal inglés y en menor medida el modelo alemán, los intereses privados (como son los acreedores privados con la legítima intención de cobrar el máximo de las deudas contraídas) no se subordinan a los intereses públicos (con ello, nos referimos a al mantenimiento de la actividad económica junto con el empleo). Ello contrasta con lo dispuesto en la regulación concursal de los países latinos como puede ser la Ley Concursal Francesa, donde si se imponen en ocasiones mayores sacrificios a los intereses privados del procedimiento concursal en aras de conservar la actividad económica y el empleo correspondiente.

Otro gran elemento diferenciador de los modelos concursales que vamos a analizar y que han servido de referencia para construir un Derecho Europeo de Reestructuraciones

Empresariales, es el grado de tutela judicial que se desempeña (la función del tribunal, el juez o el administrador concursal designado) dentro de los procedimientos de insolvencia. Por un lado, tenemos el modelo alemán donde todo el procedimiento de reestructuración o refinanciación se enmarca en un marco judicial de la Ley Concursal Alemana (InsO), en el cual, el juez conocedor del procedimiento concursal tiene desarrollada muchas funciones contando con un amplio poder de decisión durante el procedimiento. Por otro lado, nos encontramos el modelo de reestructuración de empresas en crisis del Reino Unido que a través de la figura de los “*Schemes of Arrangement*” que persiguen evitar penalizar a las compañías con los perjuicios inherentes y el coste de someterse a un procedimiento concursal bajo tutela judicial.

Sin embargo, en todos los modelos concursales analizados de países en nuestro entorno, tienen en común que se ha pasado de un derecho concursal con una finalidad fundamentalmente liquidativa destinada a satisfacer a los acreedores con el pago de sus deudas con el valor de los activos del deudor, a una finalidad más conservadora de la actividad económica y del empleo, donde en algunos casos se relega a un segundo plano la satisfacción en el pago de los acreedores.

76

A continuación, desarrollaremos con detalle estas diferencias que serán determinantes para entender el proceso de construcción de un Derecho Europeo de Reestructuraciones Empresariales.

2.1 La evolución del modelo concursal en el marco jurídico francés.

En Francia la quiebra tuvo su primera regulación orgánica en el Reglamento de Lyon de 1667 –inspirado en los estatutos italianos– que sirvió de base a la ordenanza francesa de 1673. En este Reglamento se establece el principio de “*par conditio creditorum*” pero entre sus principales disposiciones estaban apartar a los acreedores extranjeros del principio de igualdad entre acreedores, también regula el período de sospecha y determina los efectos respecto a la persona del fallido, posteriormente la Ordenanza francesa de 1673 no modificó el sistema (Jaureguiberry, 1961).

En 1807 llega la codificación comercial francesa dictándose el Código de Comercio ocupando el libro III para las quiebras, reglamentando la actuación de los acreedores, la verificación de sus créditos, la vinculación de la minoría a la solución de la mayoría en el concordato, la nulidad de los actos perjudiciales a los acreedores. El Código sufre varias reformas posteriores, siendo las más significativas para el derecho concursal, la de 1889 que incorpora la liquidación judicial para los deudores de buena fe (Ripert, 1954). Posteriormente en el año 1955, se establece un nuevo régimen completo sobre quiebra y liquidación judicial (Williams, 1959) con el objetivo de desalojar del mercado a comerciantes y empresarios poco diligentes que hubieran suspendido pagos, no se les libraba de sus incapacidades para poder ejercer el comercio y actividades mercantiles.



Posteriormente mediante la Ley de 13 de julio de 1967, se hace una reforma profunda cambiando el fundamento del modelo del procedimiento de insolvencia francés e incorporando la noción de empresa separada de la de las personas que la dirigen (Guyénot, 1975), con la finalidad de suavizar los efectos de las quiebras empresariales a los administradores de las compañías. Cuando se inicia un procedimiento concursal ante un Tribunal, se debe escoger el tipo de procedimiento en función de la viabilidad de la compañía, *en el régime judiciaire* (convenio judicial) en el caso de compañías con posibilidades de recuperación económica o el *liquidation de biens* (liquidación de los bienes del deudor) en el caso de compañías que carecen de todo tipo de viabilidad.

El sistema concursal francés posterior a la Ley de 1967 se basa en la noción de empresa, modificada por la Ley n ° 84-148 (Marina García-Tuñón, 2018), de 1 de marzo de 1984 sobre *prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises* (prevención y conciliación de empresa en dificultades). Esta nueva reforma legisla sobre la prevención y solución extrajudicial de las dificultades de la empresa (Toñon, 1985) sin entrar en un procedimiento colectivo de insolvencia.

Posteriormente se dictó la Ley n ° 85-88, relativa al *redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises* (saneamiento y liquidación judicial de las empresas) de 25 de enero de 1985 y la Ley 85-89, también de 25 de enero de 1985, relativas a *administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprises* (administradores judiciales, representantes legales y expertos en crisis empresariales). Estas leyes serán las que dictan el plan de salvamento de las empresas que se han encontrado en un procedimiento de insolvencia, pero todavía tienen viabilidad para poder mantener la actividad económica.

77

Todas estas leyes fomentan el derecho concursal francés que promulga la salvaguarda y saneamiento de las empresas en crisis para tratar de garantizar su supervivencia.

De este modo, se establece un procedimiento judicial cuyo objetivo es asegurar la continuidad de la empresa con el consiguiente mantenimiento del empleo. Este procedimiento se estructura en dos fases:

1. Primera fase: se trata de un periodo de observación donde se realiza un análisis de la situación y las necesidades de la compañía para posteriormente elaborar un plan de viabilidad siempre que sea factible la continuidad de la empresa, y lo llevaría a cabo el deudor o incluso un tercero como un acreedor

De este análisis, puede resultar que la empresa no sea viable y por tanto se declararía su liquidación.

2. Segunda fase: en esta fase se ejecutaría el plan de salvamento acordado previamente.

También rige en Francia a partir de 1989, el llamado sistema de “sobreendeudamiento de particulares”, un procedimiento administrativo-judicial que regula la insolvencia de personas físicas por obligaciones no profesionales. Se promulgó con objeto de controlar el riesgo por el excesivo endeudamiento de los deudores particulares en relación a la dimensión de los préstamos personales cada vez frecuentes en el sistema financiero francés (López San Luis, 1994) . Para ello, incorpora mecanismos a disposición de los deudores para alcanzar soluciones extrajudiciales con los acreedores financieros y de esta forma facilitar la devolución de créditos por medio de quitas o esperas de los mismos.

Este proceso culmina con la Ley de reforma de 1994, la legislación francesa se apoya básicamente en el principio de prevención de la crisis de la empresa en insolvencia, con el objetivo de mantener su actividad y el empleo con el único fin de cancelar el pasivo - *la prevention et du reglement amiable des difficultes des entreprises* (La prevención y la resolución amistosa de las empresas en dificultades).

Posteriormente, el Derecho Concursal francés, regulado en la Ley n.º 2005-845, de salvamento de empresas, de 26 de julio de 2005 y en su Decreto de aplicación n.º 2005-1677 de 28 de diciembre de 2005, mantiene el espíritu y los objetivos establecidos de la Ley de 25 de enero de 1985 , donde se prioriza el saneamiento de las compañías en dificultades y la protección de los derechos de los trabajadores (Rivera, 1985) respecto a la satisfacción de los créditos de los acreedores que se quedarían en un segundo plano, solamente en el caso que la empresa no fuera viable.

Esta ley, establece un conjunto de medidas previas a la liquidación judicial, en concreto dos:

- La vía contractual (conciliación) que impulsa alcanzar un acuerdo amistoso con los acreedores en un escenario preconcursal.
- La alternativa judicial, que se trataría de un procedimiento de salvamento (*sauvegarde*) de empresas, antes del saneamiento judicial (*redressement judiciaire*) derivado de la insolvencia, que aboca en la liquidación judicial, cuando el saneamiento de la empresa sea imposible.

En la vía contractual, la conciliación tiene el objetivo de que el deudor llegue a un acuerdo con sus principales acreedores y de esta forma ponga una solución a sus problemas económicos. La conciliación solo se inicia a instancia del deudor por encontrarse en una problema real o previsible que pueda ocasionar que no cumpla con sus obligaciones, pero sin encontrarse aún en una situación de insolvencia total. Se trataría, por tanto, de la última vía extrajudicial para evitar un procedimiento judicial con la finalidad de evitar el problema de insolvencia, en determinadas ocasiones el propio tribunal para fomentar el



acuerdo designaría un conciliador, que fuera independiente del deudor y los acreedores durante un periodo de cuatro o cinco meses.

El deudor por su parte conserva su poder y no se exime de tener que pagar todas las obligaciones que vayan surgiendo. Por tanto, este procedimiento de conciliación no se encuadra en un procedimiento de refinanciación, en el sentido de los modelos europeos, como el español durante los cuales los deudores si tienen cierta protección frente a ejecuciones respecto a activos afectos a la actividad económica. La función del conciliador es acercar posturas con la finalidad de llegar a un acuerdo siempre que fuera razonable y viable para la compañía deudora, en el caso de la imposibilidad de llegar a un acuerdo, concluiría la fase extrajudicial y comenzaría la fase de salvamento.

Respecto al posible acuerdo del deudor con los principales acreedores, esta fase extrajudicial generalmente consiste en la ampliación de los plazos para el pago de las deudas y/o quitas de las cantidades a devolver que hayan sido aprobadas y consentido por los acreedores. También se podría adoptar otro tipo de medidas como la concesión de nuevos créditos, o concesión de garantías sobre activos de la compañía, siempre que con estas medidas se pueda dar solución a los problemas de insolvencia de la compañía deudora. Estas medidas se pueden acordar entre las partes de una forma flexible al no estar limitadas al principio de igualdad de trato a los acreedores que rige en un procedimiento concursal bajo tutela judicial.

79

Una vez alcanzado el acuerdo, se somete al juez distinguiéndose en dos grandes clases tipos de acuerdos, tomando en cuenta la no publicación del acuerdo y la seguridad jurídica del mismo.

- Según el Art.L.611-8, El acuerdo se constata por el tribunal y es totalmente confidencial, no se publica y por tanto no puede ser recurrido. Se trata de la opción de acuerdo extrajudicial más empleada ya que no se propaga en el mercado el acuerdo alcanzado con los acreedores y se mantiene, por tanto, el valor del crédito de la compañía (Perochon, 2008) ante los menores costes de insolvencia.
- Según el Art.L.611-8, I., en este acuerdo se homologa por parte del juzgado, dotándole de protección en el caso que se declare el concurso de acreedores posteriormente. Por lo tanto, el concurso siempre se tendría que declarar con posterioridad a la homologación del acuerdo amistoso, además la Ley de 2005 exige para la homologación que el acuerdo conduzca a la solución de los problemas de insolvencia para la compañía, y que no suponga perjuicio a los intereses del resto de acreedores. En el caso, de que algunos acreedores que han adoptado el acuerdo amistoso hayan proporcionado nuevas aportaciones de dinero a la compañía para impulsar la viabilidad de la compañía, y de esta forma pudiera mantener la actividad económica y el empleo, tendrán lo que se denomina un

privilegio denominado privilegio de conciliación. Esta homologación del acuerdo debe publicarse y por tanto puede ser recurrido por las partes.

Esta ley de salvamento fomenta el desarrollo de todos los medios e instrumentos de alerta como mecanismo para solventar los problemas financieros de las compañías en una fase temprana y de esta forma tratar de evitar la declaración de insolvencia o que el procedimiento concursal dilate en el tiempo (Perochon, 2008).

La situación de riesgo financiero siempre se considera por el hecho que puedan comprometer de manera considerable el equilibrio financiero de la compañía, así como su viabilidad económica (Fernández Torres, 2011). La ley de salvamento cuenta con múltiples procedimientos tratando de adaptarlos a las particularidades de cada empresa y sus situaciones y así poder optar a múltiples soluciones a cada crisis empresarial.

Por otra parte, el sistema de alertas, como medida preventiva, que tienen los tribunales mercantiles franceses desde 1984 permite a las personas físicas o jurídicas inscritas en una agrupación de prevención, obtener un análisis económico-financiero gracias al cual pueden conocerse posibles dificultades que puede tener la entidad (Perochon, 2008). De este modo, se ha conseguido alcanzar el objetivo en muchos procedimientos de conservación de la actividad económica y del empleo, dejando en muchos casos la satisfacción del cobro de los acreedores en un segundo plano que se lograría en estos casos por medio de la conservación de la actividad económica (Pulgar Ezquerro et al., 2004).

En el caso de que con la vía extrajudicial se fracasara y no se llegara a un acuerdo que pudiera solventar el problema de endeudamiento de la deudora y que no fuera beneficioso para las distintas partes del procedimiento, la ley de salvamento establece un procedimiento denominado plan de salvamento destinado a facilitar la reorganización de la empresa con objeto de permitir la continuidad de la actividad económica, el mantenimiento del empleo y la liquidación del pasivo. Este procedimiento se inicia a instancias del deudor y ya se encuentra dentro de un tratamiento judicial de tipo concursal. El plan de salvamento es el primer procedimiento concursal que introduce la Ley Francesa de 2005, que se inicia a petición del propio deudor profesional o compañía que justifique unas dificultades patrimoniales que pueden afectar a la viabilidad de la compañía. Su finalidad principal es favorecer una reestructuración del deudor para que esté continúe con la actividad económica, el mantenimiento del empleo y se propia una adecuación del pasivo a la situación y la viabilidad del deudor. La ley de salvamento promulga la elaboración de un análisis de la situación del deudor para constatar si pudiera alcanzar la viabilidad, en caso afirmativo el deudor y/o el administrador judicial tienen que preparar el plan de salvamento,



Durante el periodo de elaboración del plan de salvamento, que puede durar de cinco a seis meses, el deudor continúa ejerciendo su actividad, aunque se puede designar por parte del Juez, la figura de un administrador judicial. En este periodo, no se pueden realizar actos de disposición de los activos de la compañía que no sean los propios de la gestión ordinaria de la actividad de la compañía, sin la autorización del juez.

Al tratarse de un procedimiento concursal, el deudor disfruta de medidas protectoras de la viabilidad de la compañía, como son la suspensión del devengo de intereses, la fijación del pasivo de la sociedad deudora, así como se suspenden las ejecuciones contra el activo de la compañía deudora. Por último, en este caso, el deudor estaría sujeto al principio de igualdad de trato de los acreedores quedando prohibido el pago de las deudas anteriores a la solicitud del inicio del plan de salvamento de la compañía deudora.

En definitiva, en el periodo de elaboración del plan de salvamento, se debe realizar un análisis realista de la situación patrimonial del deudor para que, de esta forma poder determinar si es posible la viabilidad de la empresa.

El deudor deberá presentar al tribunal el plan de salvamento que asegurará el mantenimiento de la actividad empresarial, el mantenimiento del empleo y la adecuación del pasivo a la actividad económica. Para ello, el plan debe contener el desarrollo de las actividades que ejercerá el deudor, los empleos necesarios para ello y asegurar la financiación para los recursos necesarios. El plan también puede incluir modificaciones estructurales acordadas por el deudor, en las cuales se recogería la cesión de forma amistosa de una unidad de negocio, ya que en el plan de salvamento no se puede transmitir una unidad productiva como puede serlo en un procedimiento de saneamiento o en un escenario de liquidación.

81

En este procedimiento, los acreedores son consultados sobre el plan de salvamento presentado por el deudor. Cuando el tribunal evalúa un plan que considera suficientemente serio y realista, levanta acta del mismo estableciendo la quita y/o espera que se adoptan. Los acreedores que votan en contra del mismo no quedan vinculados y se les suele imponer el pago de la deuda en un plazo menor a 10 años. Otro factor que indica los menores privilegios que ostentan en el derecho francés los acreedores privados en comparación con otras legislaciones europeas, son que incluso el acreedor con privilegio especial se le aplicaría este régimen de adhesiones al plan de salvamento que se apruebe y no tiene capacidad de veto, como tendría en la legislación concursal española o inglesa.

En determinados casos, para incentivar el acuerdo con los acreedores, se constituyen comités de acreedores. Una vez constituidos los comités, el deudor expone el plan, que puede ser modificado en el transcurso de las deliberaciones, antes de la votación definitiva. La formación de comités de acreedores es una nueva medida que introduce la Ley de 26 de julio de 2005, basándose en la legislación concursal americana (Tanger,

2002), tiene la finalidad de asegurarse que los intereses de los acreedores estén protegidos y es una especie de homologación, ya que la adopción del plan de salvamento habría sido aprobada por la mayoría de los acreedores en ambos comités.

Se aprobaría el plan de salvamento, una vez conseguidas las adhesiones por mayoría en cada uno de los comités y posteriormente el tribunal debería homologar y aprobar el plan una vez, asegurados los intereses de los acreedores están suficientemente protegidos, incluso para aquellos acreedores minoritarios que hayan votado en contra.

Una vez que el plan de salvamento es aprobado por juez, finaliza el periodo de observación y el deudor recupera todas las facultades de gestión y patrimoniales, con la única limitación del cumplimiento de la ejecución del plan de pagos aprobado en el plan de salvamento

La Ley n.º 2005-845, de 26 de julio de 2005, de *sauegarde des entreprises* , establece el procedimiento de saneamiento concursal o de liquidación en un periodo de tiempo que no puede ser superior a 45 días en el caso que el deudor tenga un desequilibrio patrimonial en el cual el importe de pasivo disponible fuera superior a su activo disponible. En el caso que el empresario no solicitara la tutela judicial para el plan de saneamiento o la liquidación, podría incurrir en responsabilidades según el art L. 653-8, párrafo. En estos casos, también pueden solicitar la apertura del periodo de saneamiento o liquidación tanto el ministerio público como los acreedores.

El procedimiento concursal de saneamiento tiene la misma finalidad que el procedimiento de salvamento, que es ayudar a reflotar a las compañías que se encuentren en problemas financieros y de esta forma mantener el tejido productiva y el empleo. Es muy parecido al procedimiento de salvamento, pero exige un aumento de las obligaciones del deudor, como es el caso que se designe un administrador judicial, la gestión de la compañía de los administradores quedara en estos casos, sujeta a la aprobación del administrador y del juez para las operaciones que no fueran de la gestión ordinaria de la compañía.

En el plan de saneamiento, a diferencia del plan de salvamento, en el caso de que el deudor no pudiera asegurar la viabilidad de la compañía ante las distintas partes del procedimiento, se puede producir la cesión forzosa de toda o parte de la compañía deudora, el precio de dicha transmisión es fijado por el administrador judicial y homologada por el juez.

En cambio, el procedimiento de liquidación pone fin a la actividad económica del deudor por el cual se venden sus activos y derechos para satisfacer de la mejor forma posible a los acreedores, una vez que se certifique que la compañía deudora se encuentra en estado de insolvencia actual o que carece de toda viabilidad o bien que el procedimiento de saneamiento hubiera resultado infructuoso.



El legislador francés ha desarrollado, desde que las leyes que entraron en vigor en 1985, una serie de medidas de prevención con la finalidad de detectar posibles empresas en situación de insolvencia (Perochon, 2008). Así nos encontramos los denominados grupo de prevención según lo establecido en el art. 611-1 Code *de Commerce*, o la designación a solicitud del deudor de un mandatario ad hoc para que lleve a cabo un análisis de la situación del deudor (Marina García-Tuñón, 2018), según lo dispuesto en el mandat *ad hoc* que se regula en el art. L 611-3.

La Ley n.º 2012-346 de 12 de marzo de 2012, *relative aux mesures conservatoires sur les biens de tiers*, y la Ordenanza de n.º. 2014-326, de 12 de marzo de 2014, de reforma de la *prevention des difficultés des entreprises et des procédures collectives* y por último la Ley n.º 2015-990 de agosto de 2015 para el *croissance, l'activité et l'égalité de chances économiques- Loi Macron* - y las reciente Ley n.º 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016, de *modernisation de la justice du XXIe siècle*, donde se mantiene la tendencia iniciada desde las leyes que entraron en vigor en 1985 de seguir reforzando tanto las medidas de prevención y detección de compañías con problemas financieros, como los procedimientos de insolvencia, objetivos que también se promulgan en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019.

83

2.2 La evolución del modelo concursal en el marco jurídico inglés.

En el marco jurídico inglés, mediados del siglo XVI aparecen las primeras ejecuciones de forma colectiva (Law Merchant, que se integra en el Common Law), que estaban dirigidas exclusivamente a proteger a los comerciantes y de esta forma se regularían los intercambios comerciantes entre Inglaterra y el Continente Europeo. Esta regulación de las ejecuciones colectivas tiene inspiración en los institutos italianos y se basaban en el principio de la *par conditio creditorum* (igualdad entre acreedores), de esta forma se buscan proteger a los acreedores y al mismo tiempo se fomentaba el comercio y la actividad económica.

Originalmente, las leyes concursales en Inglaterra, como la primera Ley concursal que se instaura en 1543 por el rey Enrique VIII, se ocupaban fundamentalmente en delimitar la actuación de los comerciantes y sus posibles comportamientos fraudulentos con la finalidad de proteger a los acreedores de este tipo de comportamientos ya que las quiebras causaban un grave perjuicio para el comercio y la actividad económica que cada vez era más floreciente y próspero.

En un principio, la Ley Inglesa no distinguía entre una quiebra fortuita y una quiebra culpable, en ambos casos se le confiscan los bienes los bienes personales al quebrado para satisfacer a los acreedores. Sin embargo, poco a poco se va instaurando una corriente a favor de suavizar las consecuencias de las quiebras para los quebrados, en los casos que se tratara de quiebras fortuitas, y por lo tanto de deudores honestos. En estos casos, se le concedería un Certificado de Conformidad al deudor por el cual no tendría que responder

con bienes y su patrimonio personal para satisfacer a los acreedores y podría emprender nuevos negocios y tener una nueva oportunidad. Esta disminución de las consecuencias penales ante las quiebras fortuitas de los comerciantes, que se promulgó durante los años 1705 al 1711, no se aplicaba en el caso de los deudores no comerciantes, ya que se entendía como un comportamiento fraudulento endeudarse en grandes sumas de dinero con varios acreedores para acciones no comerciales (Tirado Martí, 2001).

En el siglo XIX con el desarrollo de la industria, se instaura la Ley Concursal Inglesa de 1825, que por primera vez introduce la posibilidad que sea el propio deudor quien inste la quiebra (Tirado Martí, 2001). A finales del siglo XIX, tras la promulgación de la Ley de Sociedades (Companies Act) de 1862 y la Ley de Quiebras (Bankruptcy Act) de 1883, quedó establecido el marco general de los procedimientos jurídicos para liquidar el patrimonio de los deudores insolventes y satisfacer a los acreedores según su orden de pagos. Este marco general quedó fijado hasta aproximadamente el año 1970, desde entonces el derecho concursal inglés ha estado casi permanentemente en un estado de revisión (Fletcher, 2008) para ir adecuándose a los cambios de las necesidades de las compañías y de la sociedad.

84

A partir del 1973, el Reino Unido sufrió una serie de crisis financieras, tanto a nivel empresarial como de los consumidores, que derivó en una duradera crisis económica, que, junto a los altos niveles de inflación, provocó un perjuicio en el poder adquisitivo de los consumidores y las empresas que dificultó aún más la recuperación financiera. Esta situación puso de relieve la incapacidad del entonces derecho concursal vigente, para resolver la crisis financiera generalizada al mismo tiempo que se puso de manifiesto la necesidad de adaptar el derecho concursal inglés a la realidad económica, social y política de la época.

Con el objetivo de atajar la crisis económica que se originó a partir del 1973, se dictó la Ley de la Insolvencia (Insolvency Act) de 1976. Se trataba de un breve instrumento legislativo de 14 artículos, cuya finalidad era principalmente actualizar y adaptar la ley de insolvencia a su tiempo y hacerla más acorde a las necesidades de las empresas junto con los empresarios y consumidores, al mismo tiempo que llevaba a cabo una revisión completa de la legislación de la insolvencia inglesa.

La necesidad de realizar una reforma más profunda del derecho de insolvencia inglés condujo a la creación de un Comité en 27 julio de 1973 (Fletcher, 2008) presidido por Kenneth Cork, con los siguientes objetivos:

1. La revisión de toda la legislación y práctica sobre insolvencia, liquidación o intervenciones en Inglaterra y Gales e introducir las reformas necesarias o deseables.



2. La posibilidad de formular un sistema integral de insolvencia y la medida en que los procedimientos en curso podrían ser armonizados e integrados.
3. Aconsejar sobre posibles procedimientos más flexibles alternativos a la quiebra y liquidación de compañías.
4. Por último, realizar recomendaciones.

El informe final del Comité de Reforma del Derecho de la Insolvencia (en adelante Informe Cork), incluye unas recomendaciones básicas destacando la promulgación de un único derecho de la insolvencia que reemplazara las distintas normas reguladoras y se constituyera un sistema unificado de tribunales de insolvencia para la aplicación de este derecho único. Además, se proponía que el papel del interventor oficial debía ser incrementado, ampliando sus poderes y funciones.

En este informe también se recomendaron una serie de nuevos procedimientos para proporcionar soluciones alternativas a la quiebra y de esta forma incentivar e impulsar la recuperación de empresas viables por medio de procedimientos refinanciación y reestructuración, como son el procedimiento de administración judicial y los convenios voluntarios con los acreedores (Company Voluntary Agreements, en adelante CVAs), que se introducen mediante la ley de la Insolvencia de 1986 que entro entró en vigor el 29 de diciembre del 1986.

85

Las reformas del derecho inglés de los años 1986 a 2003 se basaron en la Ley Concursal de Estados Unidos con el objetivo de crear una clase empresarial que pueda volver a emprender después de una quiebra y de esta forma volver a asumir riesgos en un futuro. El derecho norteamericano influyó en el derecho inglés en la eliminación de muchas de las incapacidades y prohibiciones que tenían inicialmente los empresarios deudores para ejercer la actividad económica una vez hubiera finalizado el procedimiento concursal. El derecho concursal norteamericano, ha tenido una influencia decisiva en el derecho concursal inglés, con el objetivo de crear una población emprendedora que aportara riqueza económica al país y que, en el caso de fracaso económico, volviera a emprender y asumir riesgos.

La Ley de la Insolvencia de 1986 incorpora los CVAs, con la finalidad de fomentar la recuperación de las empresas viables, ya que fomentaban llegar a acuerdos con los acreedores. Según establece la Ley de Insolvencia de 1986 no es requisito que la compañía se encuentre en insolvencia y que no pueda cumplir con sus compromisos financieros. Esta propuesta debe ser aprobada por el 75 % del total de los acreedores, en el caso de aprobarse el acuerdo es vinculante para el total de los acreedores que hubieran tenido derecho a voto.

El CVAs no es un procedimiento concursal ya que no tiene como requisito la declaración de insolvencia de la compañía y ofrece la posibilidad de poder reestructurar la deuda y modificar la compañía en un momento previo y temprano en las primeras dificultades financieras. En estos procesos todavía los administradores conservan el poder de gestión de la sociedad y con la finalidad de ganar eficacia y credibilidad en este proceso y esta manera, llegar al acuerdo con la mayoría de los acreedores, se suele contar con un supervisor del CVA que tiene como requisito que esté acreditado como experto en insolvencia. Este procedimiento CVA tiene la ventaja respecto a un acuerdo contractual, que no se necesita la unanimidad de los acreedores sino una amplia mayoría del 75 % del total pero cuenta con la limitación que se requiere de la conformidad de los acreedores con privilegio especial para poder extender los efectos del acuerdo.

86

El Procedimiento de Administración Judicial se introdujo en el derecho inglés a raíz del Informe Cork junto con las CVAs como medida para fomentar el rescate de las empresas. Este procedimiento requiere de la designación de un administrador que se encargue de gestionar el rescate de la compañía según dispone la Ley de Insolvencia de 1986. Es muy común que por medio del Procedimiento de Administración se transfiera la totalidad de la empresa en funcionamiento o determinadas unidades de negocio en un escenario previo y más ventajoso que en un escenario de liquidación ordinaria posterior. Se trata de un procedimiento concursal y por tanto cuenta con la ventaja de la moratoria legal, por lo que uno de sus efectos es la paralización general de los procedimientos de ejecución según establece la Ley de Insolvencia de 1986. Este procedimiento presenta el inconveniente respecto a los procedimientos CVAs y los Schemes of Arrangement, que, en este caso, el deudor sí se debe declarar en insolvencia, con lo cual podrían entrar en juego muchas cláusulas de cancelación de activos y pérdidas de derechos vinculados por la declaración de la insolvencia de la compañía. Además, en esta modalidad, los administradores de la compañía son sustituidos por un administrador externo designado. Otro rasgo fundamental de esta modalidad es que no es posible llegar a acuerdos con acreedores que afecten a los derechos de ejecución de los acreedores con privilegio especial.

Durante la crisis económica del periodo 1989 a 1993, la Ley de Insolvencia de 1986, puso a prueba su eficacia. Uno de los aspectos más problemáticos en su aplicación, fue el aparente fracaso en los aspectos más innovadores de esta ley como son el procedimiento de Administración Judicial y los CVAs (Fletcher, 2008). Estos dos procedimientos se estaban utilizando poco y preocupaba al legislador ya que se habían concebido como procedimientos alternativos a la liquidación concursal para fomentar el desarrollo de una tendencia a la recuperación de las empresas viables.

Por tanto, la nueva ley inglesa de insolvencia estaba funcionando peor de lo previsto ya que no cumplía con los objetivos establecidos. Se creó un comité por parte de la Justice para llevar a cabo una revisión de la legislación de la insolvencia inglesa. El nuevo Informe de Justice se publicó en 1994 y promulgaba la creación de un Comité que fuera



permanente que se constituía con la finalidad de diseñar y promover una estrategia nacional en materia de insolvencia que garantizara que el ordenamiento jurídico se dinamizara y se encontrara paralelamente en constante revisión, adaptándose a las nuevas necesidades empresariales y sociales, al mismo tiempo estuviera receptivo y atento a las medidas y reformas en materia de insolvencias que se aplicaran con éxito en otros países.

El cambio de gobierno en mayo de 1997, con la llegada de los laboristas que declararon, que, para apoyar a las empresas y la actividad económica, era necesario reformular la Ley de Insolvencia inglesa para hacerla más parecida al modelo de insolvencia americano. La finalidad era ayudar a los empresarios a que salieran de sus problemas financieros y se les proporcionara incentivos para que asumieran nuevos riesgos empresariales en el futuro y no quedaran estigmatizados por los fracasos empresariales. Se llevó a cabo un ciclo de consultas, donde se elaboraron documentos relativos a la recuperación de empresas en concurso de acreedores y quiebra personal.

En otoño del año 2000, se aprobó una nueva Ley de Insolvencia, que entró en vigor por etapas entre abril del 2001 y enero del 2003, que incluía una serie de reformas que afectaban tanto a la insolvencia empresarial como a la personal. Desde el punto de vista empresarial, cabe destacar la eliminación del privilegio histórico de los acreedores titulares de garantías reales a nombrar administrador judicial, y en el ámbito de la insolvencia personal es importante señalar la supresión de las incapacitaciones o inhabilitaciones con que se habían sometido los deudores ya que la reforma introducía una reducción de tiempo hasta que el deudor consiguiera levantar su condición de quebrado y recuperar todas sus facultades de disposición de su patrimonio y de estar forma podían volver al sistema económica y volver a emprender, asumiendo de nuevo riesgos. En el caso de que se hubiera acreditado que el empresario deudor, había actuado de forma negligente e irresponsable, se mantendría una orden judicial que se denomina orden de limitación de facultades de quebrados (bankruptcy restriction order).

87

En julio del 2001 se publicó un Libro Blanco donde se anuncian importantes reformas que se canalizarían en el Proyecto de Ley de la Empresa entre las que podemos destacar las siguientes:

1. La constitución de la moratoria sobre los créditos mientras la compañía preparaba su plan de viabilidad para recuperación de la compañía.
2. La eliminación de muchas de las inhabilitaciones que hasta el momento se habían visto sometidos los deudores.
3. La reducción del plazo para que el deudor pudiera ver concluida su condición de quebrado, de esta forma se pretendía la formación de una nueva clase empresarial que afrontase las crisis financieras con más garantías y dispuesta a volver a asumir riesgos tras haber pasado crisis financieras.

4. Se elimina el derecho del acreedor titular de las garantías sobre los activos de la sociedad concursada a nombrar un interventor o administrador particular, desde ese momento estos acreedores quedarían encuadrados a utilizar el procedimiento colectivo de administración judicial, junto el resto de los acreedores.

Finalmente, la reforma de insolvencia que se introdujo en la Parte 10 de la Ley de la Empresa (Enterprise Act) de 2002 no fueron tal y como se propuso en un principio en el Libro Blanco como consecuencia de las presiones del sector financiero. Aun así, entidades financieras vieron rebajado su derecho a nombrar administradores judiciales pero sus privilegios se mantuvieron más de lo inicialmente previsto en el Libro Blanco. Como contraste, las medidas previstas en el Libro Blanco con relación a la reforma de los deudores individuales sí se plasmaron en la en la Parte n.º 10 de la Ley de la Empresa (Enterprise Act) de 2002.

88

Como consecuencia de las reformas introducidas por esta ley hasta el 1 de abril del 2004, se incrementó el número de deudores que llegaron a acuerdos con sus acreedores para suscribir acuerdos. La cuestión importante que se planteó en su momento era si como consecuencia del creciente uso de los procedimientos de insolvencia, se crearía una cultura del impago ya que no se alienaban las actitudes de la sociedad hacia el uso de crédito responsable con las consiguientes nociones morales del incumplimiento del pago del crédito. A raíz del creciente endeudamiento que experimentó el Reino Unido en el periodo 2002-2006, una crisis financiera sería posible, y los deudores se encontrarían la oportunidad de acceder a procedimientos de insolvencia con unos requisitos de exoneración de las deudas más laxos (Fletcher, 2008). En el derecho inglés actualmente se regulan los Schemes of Arrangement (en adelante SoA) en la Section 895 Part 26 Companies Act 2006 (Sections 895-900 Part 895 Companies Act 2006, modificada por Regulations 2009 (S.I. 2009/1804) y Regulations 2020 (S.I. 2020/643), que se pueden alcanzar en distintos contextos ya sean concursales o no concursales como por ejemplo en situaciones de modificaciones estructurales como fusiones, adquisiciones o escisiones. El uso del SoA en un escenario preconcursal se emplea para conseguir un acuerdo con los acreedores, en el cual se modifique el importe de los créditos o plazo de pago con la finalidad de evitar la declaración de un procedimiento concursal bajo tutela judicial. Las posibilidades que ofrece los SoA son muy amplias y variadas: quita y/o espera, una capitalización del crédito o incluso un cambio del deudor. En un escenario no concursal, la operación más usada puede ser la transferencia de activos de la sociedad a una sociedad de nueva creación que está formada por los acreedores, a la que también se transmite el pasivo o parte del mismo.

Los SoA se basan en las cuatro características siguientes:



- El procedimiento se inicia con la solicitud al Tribunal, por el propio deudor o un acreedor, para que se convoque una asamblea a todos los acreedores que se pretenden incluir en el acuerdo [secc.896(2) 2006 Act].
- La convocatoria que se envía a los acreedores debe ir acompañada con un informe explicativo donde conste el contenido y el alcance del acuerdo a proponer.
- El acuerdo debe ir aprobado por la mayoría de los acreedores que supongan el 75 % del valor de los créditos que votasen en la asamblea [secc.899(1) 2006 Act]. Se suele exigir la mayoría por clase de acreedor.
- Es indispensable una decisión judicial que homologue el acuerdo. En dicho auto del juez debe constar que no solo se ha seguido el procedimiento legal, sino también se debe acreditar que el contenido es razonable.

Los SoA son flexibles y podemos diferenciar tres tipos principales en función de su contenido:

1. Cram-down schemes: Incluye la proposición de la sociedad a sus acreedores para alterar los términos de la deuda, aplicando quitas o esperar, o bien capitalizando la deuda o transformándola en deuda subordinada.
2. Distribution schemes: Se produce en los casos que se transfieren los activos del deudor a los acreedores, se trata de una solución más flexible que un escenario de liquidación y es una solución especialmente aconsejable cuando es confusa la propiedad de los activos por pertenecer a varias compañías en un grupo de sociedades vinculadas y resulta complicado delimitar realmente los acreedores de dichos activos, por tanto la venta supone un ingreso para la masa activa del procedimiento que en otro caso se demoraría y significaría la pérdida de valor de los bienes.
3. Pre-Pack schemes (Winsor, 2011): Incluye la transferencia de una unidad productiva de la compañía deudora a una sociedad generalmente de nueva creación de la titularidad de uno o varios acreedores a cambio de la asunción de la deuda por parte de la sociedad adquirente. Esta operación requiere de la conformidad de los acreedores afectados por el Scheme, dado que el adquirente asumirá las deudas afectas a la unidad de negocio que se transmite, toda la deuda que exceda el activo transmitido se queda en la compañía que propone el Scheme, por tanto, no hay necesidad de consular su aprobación. De esta manera, la valoración de la unidad productiva que se transmite resulta fundamental porque condiciona los acreedores que pueden tener derecho de veto en la operación al formar parte del pasivo afecto al activo que se transmite y por tanto están dentro

de la valoración del activo a transmitir, en caso contrario no tendrían capacidad de veto, al haberse excluido el crédito del acreedor del pasivo en la delimitación de la unidad productiva.

El principal inconveniente es que, bajo esta modalidad, la transferencia de los activos de la sociedad los realiza el propio administrador, y puede haber cláusulas de terminación anticipada, que impidan la transferencia de ciertos activos y pérdidas de ciertos derechos, en caso de transferencia del negocio o por la inminencia de la insolvencia de la sociedad que propone el Scheme.

La estructura de los Pre-Pack schemes es similar a la venta fuera de un scheme, pero con la diferencia que los acreedores que no participaran en el proceso por haber quedado fuera en la valoración de la unidad productiva podrían reclamar su porcentaje en el precio pagado, pero en el caso de una transmisión dentro de un scheme, se impone esta solución a los acreedores siempre que el administrador también esté conforme con la operación, y los acreedores en este caso no pueden reclamar su parte del precio de transmisión.

90

Por tanto, en la actualidad el Derecho Inglés, dispone, que los SoA permiten a las compañías alcanzar acuerdos con sus acreedores con el objeto de modificar las condiciones para facilitar operaciones de refinanciación o reestructuración en diferentes contextos. Tanto en el contexto general (Section 895 Part 26) como en el contexto de dificultad financiera (Section 895 Part 26A) denominado “Arrangements and reconstructions: companies in financial difficulty” que prevé disposiciones especiales cuando la compañía simultáneamente cumple dos condiciones:

1. Que la compañía se encuentra en dificultades financieras que puedan afectar a la continuidad de sus operaciones como empresa en funcionamiento.
2. Como consecuencia, proponga a sus acreedores llegar a un acuerdo que elimine esas dificultades financieras.

La ley concursal inglesa sigue disponiendo además de los mecanismos que se introdujeron por medio de la Ley de Insolvencia de 1986, por un lado, los Company Voluntary Agreements (CVA) que tienen como objetivo facilitar la refinanciación o reestructuración de la deuda, cuya propuesta debe ser aprobada por el 75 % del total de los acreedores, y en el caso de aprobarse el acuerdo resultaría vinculante ante el total de los acreedores que tuvieran derecho de voto. Y, por otro lado, el Procedimiento de la Administración (Pre-Packaged Administration), que se aplica a las compañías que se han declarado en insolvencia, que se promulgó con la finalidad de incentivar el rescate de compañías, donde lo más usual, es la transmisión del total de la empresa en



funcionamiento o de determinadas unidades de negocio a un nuevo adquirente, en un escenario previo a un procedimiento ordinario de liquidación.

2.3 La evolución del modelo concursal en el marco jurídico alemán.

En sus orígenes, el Reglamento Concursal Alemán (Konkursordnung, en adelante KO) del año 1877 y que estuvo vigente hasta 1997, giraba en torno a los procedimientos de personas físicas y tenía una regulación muy escasa respecto al concurso de acreedores de empresas (Schmidt, 2011). Se concebía como un procedimiento de liquidación empresarial al ser una liquidación universal y aunque no estaba regulado un procedimiento de reestructuración para las compañías, sí lo estaba la figura jurídica del convenio judicial aprobado según lo dispuesto en el art § 173 y ss. KO.

La ley concursal alemana, denominada Insolvenzordnung- InsO, (en adelante InsO), de 05 de octubre 1994 y vigente desde de 17 de mayo de 1898, regulaba la quiebra como un procedimiento eminentemente liquidativo. Establecía un nuevo enfoque normativo para el tratamiento de la insolvencia o en general la crisis económica de las empresas alemanas, con la intención de actualizar la normativa eminentemente liquidadora de la normativa concursal liquidativa de la KO con los nuevos factores de carácter de conservación de las empresas que introduce la InsO mediante el convenio o medidas liquidatorias que ayuden la conservación del tejido empresarial y el empleo como las transmisiones de unidades productivas.

91

El presupuesto objetivo más general que establece la InsO para iniciar un procedimiento judicial es cuando un deudor no pueda cumplir con sus obligaciones exigibles. No obstante, también se puede iniciar cuando prevea una insolvencia previsible ya que no podrá hacer frente a sus obligaciones en un futuro, como serían pagos pendientes a proveedores en su fecha de vencimiento. Esta anticipación que supone solicitar la apertura de un procedimiento concursal por una insolvencia inminente podría suponer en numerosos casos una salida de la crisis sin ni siquiera haberse iniciado un procedimiento concursal.

La InsO es una regulación concursal donde el juez tiene asignado un papel central y amplios poderes de decisión en los procedimientos concursales como son las funciones de dirección, supervisión y el seguimiento del procedimiento. Junto a él, se encuentra la figura del administrador que es designado por el juez y una vez confirmado por el comité de acreedores tiene encomendada la tarea de administrar y controlar la masa activa del deudor junto con la comisión de acreedores que se encargaría de controlar la actuación del administrador designado y apoyarle en sus funciones. Por último, la junta de acreedores que tiene asignada la decisión de actos relevantes en el procedimiento concursal como pueden ser la continuidad de la actividad empresarial de la compañía deudora, o la aprobación de un plan de insolvencia para dotar de viabilidad a la compañía deudora. Es ilustrativo destacar que, únicamente la junta de acreedores posee la potestad

de transmitir la compañía o alguna unidad productiva a una parte especialmente vinculada con el procedimiento como puede ser por ser cercana al deudor o ser un acreedor particularmente vinculado e influyente en el procedimiento concursal en cuestión.

En el caso de la venta de unidades productivas, la InsO no exige que se haya elaborado y aprobado un plan de liquidación, en cambio siguiendo un criterio de oportunidad de conseguir el mejor precio posible, se promulga la venta sin demora después de haber establecido un valor de la empresa o de la unidad productiva a transmitir por parte de administrador concursal designado. Por tanto, el punto de partida para la liquidación mediante la transmisión de la compañía o de alguna de sus unidades productivas, sería el establecimiento del valor de la masa activa con criterios de continuidad en el caso que la compañía continuara su actividad empresarial o criterios de liquidación en los supuestos que la compañía hubiera decidido cesar su actividad productiva. En el caso que el adquirente de la unidad productiva estuviera especialmente relacionado con el procedimiento, se adoptarán todas las cautelas para defender el interés de los acreedores y se requeriría la aprobación de la junta de acreedores.

92

Para la InsO, la celeridad en los tiempos para la transmisión de negocio, siguiendo criterios de oportunidad para que no se deterioren los activos y al mismo tiempo no se perjudique la actividad económica o en caso de cese de la actividad económica no se pueda perjudicar los intereses de los acreedores, son factores muy importantes a tener en cuenta en el proceso de liquidación. El administrador designado antes de proceder la venta de la compañía debería pedir autorización a la comisión de los acreedores y en su defecto a la junta de acreedores. En el caso de no obtenerla se lo puede solicitar al juez del concurso que dentro de sus amplias atribuciones puede oír a las partes y volver a convocar la junta de acreedores para que vuelva a deliberar la venta de la unidad productiva.

Es necesario contar con la aprobación de la Junta de Acreedores según la InsO, en los siguientes casos:

- Cuando el adquirente esté especialmente relacionado con el deudor (en el caso de una persona jurídica, con son los miembros del Consejo de Administración, administradores de la sociedad deudora, accionistas relevantes de la sociedad con una participación superior de un 25 % del capital social).
- En el caso que se tratara de un acreedor especialmente relevante, en el sentido que tuviera un derecho de ejecución separada con garantía real y que fuera titular de un quinto o más de todos los derechos de ejecución separada junto con los créditos calificados como no subordinados.
- Por último, en el caso que el oferente de la unidad productiva en realidad fuera un administrador de hecho de la compañía deudora.



La InsO en los supuestos de transmisión de una compañía o de una unidad productiva de la misma, protege a los empleados afectos a la transmisión, y en el hecho de resolución de contratos laborales deben estar muy justificados por parte de adquirente aduciendo causas objetivas, para que fuera posible la extinción de dichos contratos laborales.

Respecto al establecimiento del precio, la configuración del procedimiento de venta, con el objetivo de fomentar la concurrencia de ofertantes (entre ellos posibles competidores del negocio a traspasar) son funciones que le son encargadas al administrador designado, siempre partiendo de una correcta valoración del negocio a traspasar para que no existan controversias posteriormente en el procedimiento de venta de la unidad productiva.

En noviembre del 2011, se aprobó la reforma de la legislación concursal alemana (Insolvenzordnung- InsO), persiguiendo dos objetivos principales (Schmidt, 2011):

- Intentar solucionar el alto número de procedimientos concursales que fracasan por la falta de tesorería para sufragar los propios gastos del procedimiento concursal.
- Potenciar y mejorar el plan de insolvencia para evitar que determinados acreedores obstaculizasen la aprobación del plan de liquidación o adquiriesen bienes a cambio de cancelar deudas sin el consentimiento del resto de los acreedores o de la propia concursada.

93

Otra modificación importante de esta reforma concursal es el papel fundamental de los acreedores en el nombramiento del administrador judicial, ya que en los procedimientos concursales de compañías que superen cierto tamaño (dos millones de euros de balance y/o dos millones de euros en la cifra de negocio y/o al menos 10 empleados), el juzgado competente convocara a la junta de acreedores provisional y los acuerdos que se adopte en relación al nombramiento del administrador concursal serían vinculante para el juzgado que se ha recibido la solicitud del procedimiento concursal. Por lo tanto, el juez está sujeto a las decisiones que tome la junta de acreedores respecto al nombramiento del administrador concursal excepto en el caso que el administrador concursal elegido en la junta de acreedores no sea el adecuado para el desarrollo de las funciones o se aprecie alguna incompatibilidad para la aceptación del cargo, de esta forma se cumple con el objetivo de elevar la participación y vinculación de los acreedores en el desarrollo del procedimiento concursal.

La reforma de la Ley Concursal alemana en vigor desde el 01 de marzo del 2012 fomenta la reestructuración de las compañías dentro del procedimiento concursal (Pulgar Ezquerro, 2015). Este planteamiento contrastaba con otros modelos concursales que fomentan la reestructuración de las compañías con problemas de insolvencia en estadios anteriores al procedimiento concursal como es el modelo de reestructuración de empresa

en Reino Unido (Pulgar Ezquerro, 2016) a través de los schemes of arrangement que se regula en sede societaria y no dentro de procedimientos concursales, regulado en la Parte 26 del Companies Act 2006.

Actualmente la regulación del derecho concursal alemán con el objetivo de trasponer la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 junio de 2019 sobre marcos de reestructuración, insolvencia, y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), mediante el desarrollo del Derecho sobre la Reestructuración y el Concurso (Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG)), que ha entrado en vigor el 01 de enero de 2021, con la Ley sobre el Marco de Estabilización y de Reestructuración para Empresas (Unternehmensstabilisierungs- Und-Restrukturierungsgesetz – StaRUG), el derecho concursal alemán ofrece por primera vez la posibilidad a las empresas para que lleven a cabo reestructuraciones tempranas o previas a los procedimientos concursales.

La entrada en vigor del StaRUG, el pasado 01 de enero de 2021, supone un importante cambio en el derecho concursal alemán ya que abre la posibilidad de modificar los derechos contractuales adquiridos de terceros, donde se exige la aprobación del 75 % de los acreedores involucrados en la reestructuración.

Actualmente en el derecho concursal alemán, cuando una compañía o deudor individual se encuentre en un supuesto de incumplimiento de las obligaciones exigibles, puede optar por solicitar un concurso de acreedores por medio del InsO o un procedimiento de reestructuración temprana según lo dispuesto en la StaRUG.

A continuación, se puede encontrar un cuadro resumen, donde se recogen las principales puntos positivos y puntos negativos con relación a los modelos concursales analizados:

Tabla 1: Cuadro comparativo de los modelos concursales de derecho comparado analizados.

	PUNTOS POSITIVOS	PUNTOS NEGATIVOS
SISTEMA CONCURSAL FRANCES	Tiene como finalidad la continuidad de las compañías viables y del empleo.	Los despidos por motivos económicos de compañías en insolvencia se tramitan dentro del derecho laboral común y no bajo un procedimiento más simple bajo la ley de saneamiento francesa. Esta circunstancia perjudica en algunos casos la eficacia de la ley de saneamiento francesa.



	Tiene mecanismos que alertan de los problemas de insolvencia de las compañías.	
	Se fomentan las soluciones extrajudiciales y acuerdos de consenso con los acreedores.	
	Los acreedores hipotecarios tienen menores privilegios que en el resto de los modelos concursales	
SISTEMA CONCURSAL ALEMAN	La reestructuración de las empresas viables en sede concursal.	Se trata de una regulación concursal donde el juez tiene asignado una papel central y amplios poderes de decisión en los procedimientos concursales, como son las funciones de dirección, supervisión y seguimiento.
	La entrada en vigor a partir del enero de 2021, del StaRUG, introduciendo la posibilidad de llegar a acuerdos de reestructuración con los acreedores en situaciones preconcursales	Fomenta la reestructuración de las compañías dentro del procedimiento concursal.
		Tienen grandes privilegios de ejecución separada los acreedores hipotecarios y de decisión dentro de los Comités de acreedores y junta de acreedores.
SISTEMA CONCURSAL INGLÉS	Tiene la finalidad de reestructurar las compañías viables mediante los procedimientos de <i>schemes</i> , que son muy flexibles de acuerdo con el objetivo de llegar a acuerdos con los acreedores para solucionar el problema de insolvencia.	Históricamente los acreedores hipotecarios han gozado de grandes privilegios de ejecución separada.
	Poca intervención de los órganos judiciales al fomentarse los acuerdos a través de los SoA.	
	No es necesario justificar ningún tipo de problema patrimonial para iniciar un procedimiento de SoA.	
SISTEMA CONCURSAL ESPAÑOL	El TRLC fomenta la utilización de los mediadores concursales para tratar de incentivar los acuerdos extrajudiciales con los acreedores.	Finalidad dual, tratando de satisfacer a los acreedores y al mismo tiempo fomentar la conservación de las compañías viables en situación de insolvencia.

	Las recientes reformas del derecho concursal español tienden a fijar como objetivo la recuperación de las empresas viables como dispone la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019.	Los acreedores titulares de garantías reales y tienen grandes privilegios de ejecución y de veto.
		Los acreedores de derecho público gozan mayores privilegios que en el resto de sistema concursales analizados.

Fuente: Elaboración propia.

Como se puede ver en el anterior cuadro, los sistemas concursales analizados que tienen mayores puntos positivos son el sistema concursal francés y el inglés, ambos tienen una clara inspiración en el derecho concursal norteamericano, que tiene como clara finalidad la recuperación de las compañías viables con problemas financieras, en estadios anteriores al inicio del procedimiento concursal bajo tutela judicial. La Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, se ha promulgado recogiendo esta finalidad y es de obligada trasposición por todos los sistemas concursales europeos perteneciente a la UE.

3. HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO EUROPEO DE REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES.

Desde el Reglamento CE 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, se ha perseguido la armonización del Derecho Europeo sobre procedimientos transfronterizos de insolvencia.

Posteriormente la Resolución de 15 de noviembre de 2011 del Parlamento Europeo, con recomendaciones a la Comisión sobre el procedimiento de insolvencia en el marco del Derecho Europeo de Sociedades de la UE (2011/2006 [INI]), la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Acta del Mercado Único II (COM [2012], 573 final , con la que la Comisión emprendió la modernización sobre insolvencia en la Unión Europea (Pulgar Ezquerro, 2016).

La Directiva 2001/23CE regula los derechos de los trabajadores que se encuentren en supuestos de sucesión de empresas, y en el artículo n.º 5 se encuentra lo relativo a los procedimientos de insolvencia. Posteriormente como último antecedente que da paso a la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, se encuentra el estudio



de la Comisión de 2012, sobre el nuevo enfoque de la Unión Europea a la Insolvencia y el fracaso empresarial.

La Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, tiene como finalidad principal armonizar sustantivamente a nivel europeo el tratamiento de las crisis económicas de empresas, profesionales y personas físicas no empresarios. La Comisión Europea considera que el derecho de insolvencia es fundamental para promover el desarrollo económico de las regiones, pues únicamente en la medida que se establezcan predecibles, eficaces y expeditivos los mecanismos de entrada y salida del mercado económico de compañías, se incentivará la actividad económica al fomentarse de este modo la competencia a nivel europeo. En este mismo sentido se han pronunciado organismos internacionales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional. Por tanto, según estos organismos internacionales, debe existir una gran conexión entre el derecho de competencia y el derecho de insolvencia. La ausencia de armonización europea en materia de insolvencia que conlleva la existencia de sustanciales diferencias en el régimen jurídico de la materia en los distintos países miembros contrasta con el grado de armonización europea en materia de derecho de la competencia.

97

La Recomendación Europea de 12 de marzo de 2014 supone un cambio de paradigma en el tratamiento de las dificultades económicas que ha llevado el tránsito desde una concepción eminentemente liquidativa (Pulgar Ezquerro, 2016) del derecho concursal a un derecho de reestructuraciones de empresas viables con excesivo endeudamiento. La Recomendación también ha introducido mecanismos de exoneración del pasivo insatisfecho de deudores personas físicas con problemas de endeudamientos que acrediten su condición de deudor de buena fe.

La filosofía de la Recomendación persigue la construcción de un derecho de la insolvencia europea en torno a la reestructuración de las compañías, que permita adecuar la organización societaria a las necesidades empresariales que cambian en supuestos de dificultades económicas. Además, se pretende evitar la declaración de un procedimiento concursal y los costes económicos temporales y reputacionales (estigma) vinculados a los procesos concursales y la aplicación de mecanismos de exoneración de deudas para personas físicas, los cuales incentivan la actividad económica, tratando de atenuar el miedo al fracaso de los empresarios.

Por tanto, se trata de la construcción del Derecho Europeo de la Insolvencia, que abandone el obsoleto objetivo del derecho concursal clásico, basado en tratar de satisfacer los intereses crediticios de los acreedores por vías liquidatorias, cambiando a un derecho concursal moderno que fomente la conservación de empresas viables con problemas financieros. Este nuevo derecho europeo no solo ha de proteger a los intereses de los acreedores, sino también a las restantes partes afectadas en los procedimientos concursales como los empleados, accionistas, inversores, los clientes, y por supuesto los

intereses públicos intentar mantener la actividad económica y el empleo en situaciones de crisis empresarial y financiera.

La Recomendación de la Comisión Europea, motivó la redacción del Reglamento de Insolvencia Transfronteriza de 20 de mayo de 2015 (UE 2015/848) que entró en vigor el 26 de junio de 2017. En ella, se recoge el tránsito hacia planteamientos de conservación de compañías viables con problemas de endeudamientos mediante su reestructuración, fundamentalmente en estadios anteriores a la declaración del concurso de acreedores, en sede preconcursal. Por tanto, la aplicación del Reglamento ya no se limitaba como venía siendo usual hasta la fecha, a los procedimientos de insolvencia de cualquier deudor, cuando su centro de intereses principales (COMI) se encuentre en un estado miembro de la UE, sino también bajo ciertas condiciones a los procedimientos preconcursales de reestructuración, enumerados en el Anexo A del Reglamento y están dotados de eficacia extraterritorial.

98

La Recomendaciones de la Comisión y del Consejo no eran jurídicamente vinculante frente a terceros, ni tampoco resultan para los países componentes obligatorias en su cumplimiento (art 288 TFUE), aunque no por ello deja ser un instrumento integrante del ordenamiento jurídico, dado que la Comisión actuará en la práctica siguiendo los criterios contenidos en dichas recomendaciones y por tanto supone para los países miembros un incentivo seguir las recomendaciones y comunicaciones, adaptándose de esta forma a la normativa europea. La obligatoriedad indirecta con los incentivos que se planteaba a los países miembros de la UE, no resultó suficiente para que se aplicaran estos cambios en las legislaciones de los países miembros, los criterios recogidos en la Recomendación de 12 de marzo de 2014. Ante esta insatisfactoria aplicación de la Recomendación Europea en las legislaciones nacionales, la Comisión decidió cambiar de modelo de recomendaciones ante la necesidad de la construcción de un verdadero Derecho Europeo de Insolvencia y Reestructuraciones.

La cuestión central y fundamental que surgió en la construcción del Derecho Europeo de Reestructuración es determinar hacia qué modelo de reestructuración debería apuntar la armonización europea.

Por un lado, el modelo alemán, que regula en el concurso de acreedores (por tanto, en sede concursal), en el marco de insO (Pulgar Ezquerro, 2016) la reestructuración de empresas con dificultades financieras, situándolo como un convenio de acreedores. Por tanto, se trataría entonces de un procedimiento judicial bajo la tutela de juez concursal que dispone de enormes poderes, que puede incluso sustituir, la voluntad de los socios reunidos en junta según el art. InsO.

Por otro lado, el modelo de reestructuración de empresas en crisis del Reino Unido, a través de los schemes of arrangement que se regula en sede societaria y no en estadio



concurzal. Se trata de un instrumento del Derecho Societario Inglés, que se caracteriza por su flexibilidad, rapidez y eficacia con la finalidad de alcanzar los acuerdos con los acreedores con anterioridad a la declaración de un procedimiento concursal (Winsor, 2011).

Entre ambos modelos, la Recomendación Europea de 12 de marzo de 2014, siguió el modelo inglés para la configuración de un Derecho Europeo de Insolvencia, apoyándose en gran medida en el funcionamiento extrajudicial de los schemes of arrangement. Este modelo anglosajón de refinanciación estaba demostrando su eficacia a la hora de poder llegar a acuerdos de refinanciación con los acreedores que resultan afectados, permitiendo extender los efectos de los acuerdos a los acreedores disidentes en cada clase, en el caso de alcanzar determinadas mayorías (Payne, 2013). También ha resultado ser muy importante la flexibilidad con que los tribunales ingleses podían declararse competentes para tramitar un schemes of arrangement, de destacadas compañías en procesos de reestructuración cuyo centro principal de interés no se encontraba en el Reino Unido.

El objetivo restructurador de empresas en crisis que fomentaba la Recomendación Europea de 12 de marzo de 2014 no debía colisionar con la finalidad de limpieza de empresas ineficientes e inviables del mercado, que tenía encomendado tradicionalmente el derecho concursal, ya que es fundamental para el correcto funcionamiento del mercado y la competencia la sustitución de empresas ineficientes por compañías saneadas y eficientes que ocupen su espacio en el mercado. En este sentido, la Recomendación condiciona los procesos de reestructuración a la viabilidad de la compañía, sujetos a un plan de viabilidad. De esta manera el objetivo sería destinar a la liquidación a las empresas no viables y únicamente reservar a los procesos de reestructuración en el Derecho Europeo de Insolvencia a las compañías con problemas financieros pero viables operativa y económicamente.

99

El Reglamento de Insolvencia Transfronteriza de 20 de mayo de 2015 (UE 2015/848), respecto al anterior Reglamento (CE) 1346/2000, amplía su ámbito de aplicación para que se incluyan los procedimientos que fomenten la reestructuración de empresas viables a pesar de encontrarse en dificultades financieras en el ámbito de la preinsolvencia (Garcimartin Alférez, 2017). En este Reglamento adquiere mucha relevancia la regulación de mecanismo de coordinación, que resulta fundamental en situaciones en los que se pueden abrir distintos procedimientos simultáneamente en diversos Estados miembros de la Unión Europea en relación a un mismo deudor o a diversas sociedades que pertenecen a un mismo grupo. Este Reglamento establece como objetivo proporcionar seguridad jurídica (De Miguel Asensio, 2017) y previsibilidad en el tratamiento concursal con relación a los procedimientos de reestructuración disponibles respecto de una compañía deudora, a pesar de la existencia de diferentes regímenes de insolvencia en cada Estado miembro.

El Reglamento se aplica a los procedimientos relativos a compañías deudoras cuyo COMI (centro de intereses principales del deudor) se encuentre situado dentro de la Unión Europea (no se incluye Dinamarca). El Reglamento, según su art n.º 1, resulta de aplicación a los procedimientos colectivos públicos, incluidos los procedimientos provisionales, regulados en la legislación en materia de insolvencia y en los que a efectos de rescate, reestructuración de la deuda, reorganización o liquidación: a) se desapodere a un deudor total o parcialmente de sus bienes y se nombre a un administrador concursal; b) los bienes y negocios de un deudor se sometan a control o supervisión judicial; o c) un órgano jurisdiccional acuerde, o se establezca por ministerio de la ley, una suspensión temporal de los procedimientos de ejecución individual para facilitar las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, siempre que los procedimientos en los que se acuerde la suspensión prevean medidas adecuadas para proteger al conjunto de los acreedores.

Por tanto, respecto al anterior Reglamento 1346/2000, el Reglamento 2015/848 amplía su ámbito de aplicación para cubrir los procedimientos de reestructuración de compañías en situación de preinsolvencia, los procedimientos híbridos, así como procedimientos que regulen procesos de insolvencia de personas físicas consumidores.

100

El Reglamento 2015/848 en su art n.º 3 establece el COMI, como criterio atributivo de competencia en relación, con los procedimientos de insolvencia principales, mientras que la competencia para abrir un procedimiento territorial viene determinada por la presencia de un establecimiento del deudor en el Estado en cuestión. Estos procedimientos solo abarcarían los bienes situados en cada Estado miembro. También establece un régimen detallado de coordinación (Garcimartín Alférez y Sánchez Fernandez, 2020) y cooperación transfronteriza cuando se declaren simultáneamente varios procesos de insolvencia en diferentes Estados miembros, de un mismo deudor (Arts. 41-52) como de las distintas sociedades que componen un grupo de sociedades (Arts. 56-77).

La Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, es un instrumento de derecho armonizado, sustantivo y procesal. Esta directiva tiene como principal objetivo establecer un marco de actuación para la reestructuración de empresas viables con problemas financieros, en un estadio previo al concurso de acreedores, para evitar su declaración. La directiva continua con la filosofía de la Comisión Europea de fomentar la reestructuración preventiva de compañías viables con problemas de financieros en un paso previo a la declaración de insolvencia para que puedan continuar operando su negocio o parte de él, en el mercado, sin el estigma de haber sido declarado en concurso de acreedores. La Directiva contempla la moratoria en los pagos y el acuerdo con los acreedores de un plan de reestructuración como las medidas sobre las cuales construir el régimen de reestructuración preventiva que promulga.



La Directiva incluye acuerdos por mayoría de las partes afectadas para la aprobación de planes de reestructuración, según los arts. 8-16, se pueden extender estos planes a los acreedores disidente dentro la misma clase (se denomina arrastre horizontal) o y/o a distintas clases (arrastre vertical), cumpliendo determinadas condiciones y siempre que sea confirmado por un tribunal. La directiva también contempla protección para la aportación de nueva tesorería necesaria con la finalidad de poner en marcha el plan de reestructuración de compañías junto con la financiación necesaria que se aporte para mantener la actividad económica de las compañías durante la adopción del acuerdo de reestructuración con los acreedores según lo dispuesto en los arts. 17-18.

El Reglamento Europeo 2015/848 y la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019 son como se menciona en el considerando n.º 13 de la Directiva, compatible y complementarios, el Reglamento asegura la efectividad transfronteriza de los procedimientos de reestructuración preventiva que se establece bajo la directiva. Cuando una compañía en dificultades financieras posee activos en un Estado miembro o pasivos de compañías que se sitúan en otro Estado miembro que es regulado por otra ley Concursal, el Reglamento garantiza la efectividad de esos procedimientos de insolvencia transfronterizo que se complementa con el objetivo de la directiva que es dotar a las empresas viables de la Unión Europea de un marco nacional de reestructuración que sea efectivo y le permita mantener la actividad económica.

101

La entrada en vigor del TRLC el 01 de septiembre del 2020, prepara la transposición de la Directiva europea 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, a la legislación española, de este forma se acabaría a las diferencias entre los Estados miembros sobre lo que respecto a los procedimientos de reestructuración, insolvencias y exoneración de las deudas que han dado lugar a disparidades en las condiciones de acceso en cada país miembro y que ha dado lugar a problemas de competencia entre las compañías a nivel europeo, por ello a raíz de la trasposición de todos los países miembros de la Directiva Europea 2019/1023, se fomentará la competencia entre las empresas en igualdad de condiciones a nivel europeo.

Las novedades legislativas que han entrado en vigor en el TRLC el pasado 01 de septiembre de 2020, siguen la tendencia de fomentar la supervivencia de las empresas y el mantenimiento del empleo, cuando sea posible, como la mejor forma de satisfacción a los acreedores y como mejor solución al sistema económico en general. Estos objetivos son coincidentes con los objetivos que se establecen en la Directiva Europea 2019/1023 como también en la legislación inglesa y francesa.

La Ley 16/2022, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal entró en vigor el 26 de septiembre de 2022, a través de la cual se traspone la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de

reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas. Por tanto, la Ley 16/2022 favorece e incentiva la reestructuración temprana de compañías viables con problemas de endeudamiento, de esta manera no solo se protegen los intereses de los acreedores, sino también al resto de intereses que resultan afectados en los procedimientos de insolvencia como los empleados los empleados, los clientes, inversores, accionistas y por supuesto los intereses públicos como es el mantenimiento de la actividad económica y el empleo, circunstancia vital especialmente en situaciones de crisis empresarial y financiera.

4. CONCLUSIONES

En este epígrafe, lo que se pretende es recoger las conclusiones extraídas del trabajo. Se analizado desde la Recomendación de la Comisión Europea en el año 2000, ha considerado imprescindible crear una Derecho Europeo de Reestructuraciones Empresariales para incentivar el desarrollo económico de los distintos países de la zona, manteniendo la actividad económica y el empleo sobre todo en épocas de crisis económica.

A continuación, vamos a detallar brevemente la normativa sobre planes de reestructuración contenida en la Ley 16/2022 es sin duda la novedad más relevante que introduce la ley para favorecer el mantenimiento de la actividad económica de empresas viables para que conserven el valor y se eviten los costes de insolvencia, donde cabe destacar los siguientes aspectos:

La delimitación del perímetro de afectación. que hace referencia a aquellos créditos o clases de créditos que forman parte de la estructura de capital del deudor y que quedarán afectados por el plan de reestructuración propuesto, es un elemento fundamental para la correcta configuración del plan de reestructuración y, por tanto, su adecuada delimitación es crucial para lograr el éxito de la reestructuración.

La parte que solicita el plan , puede ser el propio deudor o un acreedor , tiene la facultad de establecer que parte del pasivo de la sociedad a reestructurar estaría afectado por el plan, se establecen por tanto los acreedores, que se ordenaran por clases, que les corresponderá votar la aprobación del plan de reestructuración , por tanto constituye un paso vital para alcanzar las mayorías necesarias para aprobar el plan y en su caso para arrastrar a los acreedores que votaran en contra del mismo

Es importante destacar que el sistema de reestructuraciones se trata de un proceso colectiva, no universal como es el concurso de acreedores, y se caracteriza por su naturaleza transaccional con el objetivo de fomentar un marco de reestructuración



flexible, que sea capaz de adaptarse a las particularidades de cada deudor. El pasivo afectado, cuyos acreedores votarán la aprobación del plan de reestructuración van a formar las clases, el proponente del plan de reestructuración encuadrará a los acreedores en diferentes clases, cuyos criterios generales para la formación de clases, serían los siguientes:

1. Siempre que existe un interés común entre los acreedores entre créditos de igual rango que se determina por el orden de pago en el concurso de acreedores.
2. De todas formas, los créditos con un mismo rango concursal se pueden dividir en clases cuando hubiera razones que lo justifiquen (naturaleza o no financiera, o hubiera conflicto de intereses entre los acreedores).
3. Los créditos con garantía real constituyen una clase única, salvo que la heterogeneidad de los bienes gravados justifique la formación de una o más clases de acreedores.
4. Los acreedores públicos se constituyen en una única clase y en ningún caso van a sufrir reducción de su importe.

103

Según el art 629 TRLC el plan de reestructuración quedará aprobado en una clase de créditos afectado si hubiera votado a favor más de dos tercios del pasivo correspondiente a esa clase.

Cuando el plan requiera extender los efectos de la reestructuración a los acreedores que hubieran votado en contra, se requiere una homologación judicial, lo cual es imprescindible ya que también protege contra acciones de ejecución contra el activo de la compañía, la resolución de contratos en interés de la reestructuración o la protección de la financiación interina que prevea el Plan de reestructuración), para lograr la Homologación es necesario:

- Que la compañía se encuentre en insolvencia y el plan de reestructuración aporte viabilidad y de esta forma se evite el concurso de acreedores.
 - Que haya sido aprobado el plan por todas las clases de créditos, los planes consensuales, aunque existe la excepción según el art 639 TRLC, que el plan pudiera ser homologado judicialmente, aunque no hubiera sido aprobado por todas las clases de los créditos, si ha sido aprobado por:
1. Una mayoría simple de las clases, siempre que al menos una de ellas sea una clase de créditos que en el concurso habrían sido calificados como créditos con privilegio especial o general; o, en su defecto, por

2. Al menos una clase que, de acuerdo con la clasificación de créditos prevista por esta ley, pueda razonablemente presumirse que hubiese recibido algún pago tras una valoración de la deudora como empresa en funcionamiento. En este caso, la homologación del plan requerirá que la solicitud vaya acompañada de un informe del experto en la reestructuración sobre el valor de la deudora como empresa en funcionamiento. El valor asignado por el experto a la empresa en funcionamiento, verificado por el experto, debe ser superior al valor de liquidación y debe propiciar que esa clase de acreedores perciba algún pago, de esta forma la Ley 16/2022 cumple con la finalidad de cumplir con la finalidad de eliminar obstáculos a la reestructuración preventiva de empresas viables en dificultades financieras, lo que contribuye (considerando n.º 16 de la Directiva) a “minimizar la pérdida de puestos de trabajo y las pérdidas de valor para los acreedores en la cadena de suministro, permite preservar los conocimientos técnicos y las capacidades y, por lo tanto, beneficia a la economía en general”. El plan de reestructuración ha de superar la prueba del interés superior de los acreedores, que persigue que el plan no perjudique al acreedor disidente en mayor medida que lo sería en caso de liquidación concursal. Por el contrario, en el caso que acreedores disidentes acreditan que el plan no asegura la viabilidad de la empresa o que obtendrían con la liquidación concursal una cantidad superior a la que percibirían en el marco de la reestructuración, el plan homologado no les será aplicado.

BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN SANCHEZ, E. (1985). “El nuevo Derecho concursal francés (La Ley de 25 de enero de 1985 relativa al Redressement y la liquidación Judicial de la Empresa”, *Diario La Ley*, pág. 1113, t. 2.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (2017). “Reestructuración e Insolvencia Transfronteriza: claves del nuevo reglamento europeo”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* núm.27/2017. 1 de julio.
- FERNÁNDEZ TORRES, I. (2011). “Prevención de la insolvencia y fresh money. Modelos comparados y propuestas de reforma”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* núm.15, pág. 2, 1 de julio de 2011.
- FLETCHER, I. F. (2008). “Cuatro décadas de reforma del derecho de la insolvencia: la experiencia inglesa”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* núm.08, pág. 2, 1 de enero.



- GARCIMARTIN ALFÉREZ, F. J (2017). El nuevo reglamento europeo sobre procedimientos de insolvencia cuestiones seleccionadas, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 26/2017, págs. 17-34. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, ISSN 1698-4188.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. Y SÁNCHEZ FERNANDEZ, S. (2020), “Reestructuración transfronteriza en la UE: el reglamento europeo de insolvencia y la directiva de reestructuración preventiva”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* núm. 32/2020.
- GUYÉNOT, J. (1975). *Curso de Derecho Comercial*, EJE Vol. III.
- IBIZA GIMENO, J. (2020). “El *pre-pack administration* español y su progreso. Breve Valoración”, *Diario LA LEY*.
- JAUREGUIBERRY, L. M. (1961). “*Antecedentes históricos de la quiebra*”, Castellví.
- LÓPEZ SAN LUIS, R. (2015). “El tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares en Francia”, *Revista de Derecho Civil*, ISSN 2341-2216, vol. II, núm. 2 Ensayos pág. 8.
- MARINA GARCIA-TUÑÓN, A. (2018). “Actuales Tendencia en Derecho Francés”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* núm. 28, 1 de enero de 2018.
- PAYNE, J. (2013). “*Cross-Border schemes of arrangement and forum shopping*”, legal research paper series, Paper 68/ 2013 pág. 3.
- PEROCHON, F. (2018). “El nuevo derecho francés de empresas en dificultades surgido de la ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (*sauvegarde*) de las empresas”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* núm.8/2008, pág. 4.
- PULGAR EZQUERRA, J. (2016). “Derecho europeo de reestructuraciones y derecho de la competencia”, *Revista Española de Derecho Europeo* 60, pág. 20.
- PULGAR EZQUERRA, J. (2015). “Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos homologados de refinanciación”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* núm. 22/2015, pág. 5, 1 de enero del 2015.
- PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., LEDESMA, C. ALONSO Y ALCOVER GARAU, G. (2004). “Comentarios a la legislación concursal”, pág. 975.
- RIPERT, G. (1954). “*Tratado Elemental de Derecho Comercial*”, TEA 1954 t. IV.

- RIVERA, J. C. (2003). “*Instituciones de Derecho Concursal*”, Rubinzal Culzoni.
- SCHMIDT, K. (2015). “¿Desbanca el derecho concursal al derecho de sociedades?”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* núm. 22/2011. Pág. 2, 01 de enero de 2015.
- SCHMIDT, K. (2011). “La reforma concursal alemana de 2011”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* núm. 15/2011, pág. 10.
- TANGER, V.M. (2002). La faillite en Droit Fédéral des États-Unis, *Económica*, préf. J. Larrieu, pág. 95 y 382.
- TIRADO MARTÍ, I. (2001). “La liquidación concursal de Sociedades en el derecho inglés”, *Revista de derecho de sociedades*, núm. 17, pág. 202.
- TOÑON, A. (1985). “*La reciente reforma del sistema concursal francés*”.
- WILLIAMS, J. N. (1959). “*La nueva legislación francesa sobre arreglo judicial y quiebra*”, Abeledo-Perrot.
- WINSOR, J.O. (2011). “Una visión panorámica de los schemes of arrangement ingleses”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 15, pág. 10.

LEGISLACIÓN

COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE A new European approach to business failure and insolvency /* COM/2012/0742 final */.

Company Director Disqualification Act 1986.

Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

Directiva 2001/23CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativos al mantenimiento de los derechos de



los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

La Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y al fracaso empresarial.

Ley 85-89, también de 25 de enero de 1985, relativas a administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprises (Administradores judiciales, representantes legales y expertos en crisis empresariales).

Ley 89-1010, de 31 de diciembre de 1989, Relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

Ley alemana sobre el desarrollo del derecho sobre la reestructuración y el concurso (Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG).

Ley de 10 de junio de 1994.

Ley de la Insolvencia (Insolvency Act) de 1986.

107

Ley de Sociedades (Companies Act) 2006.

Ley Insolvencia Alemania insolvenzordnung- InsO.

Ley núm. 85-88, relativa al redressement et à la liquidación judiciaire des entreprises (saneamiento y liquidación judicial de las empresas) de 25 de enero de 1985.

REGLAMENTO (UE) 2015/848 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido).

REGLAMENTO CE 1346/2000 DEL CONSEJO, de 29 de mayo de 2000.

RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2011, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el procedimiento de insolvencia en el marco del Derecho de sociedades de la UE (2011/2006(INI)).

