

Hacia una reestructuración preventiva de empresas viables en el derecho español de insolvencia

Towards a Preventive Restructuring of Viable Companies in Spanish Insolvency Law

Rafael Lara González

Universidad Pública de Navarra

Pamplona, España

lara@unavarra.es

<https://orcid.org/0000-0003-0671-9908>

Aránzazu Pérez Moriones

Universidad Pública de Navarra

Pamplona, España

aranzazu.perez@unavarra.es

<https://orcid.org/0000-0002-1512-030X>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2023.40.6>

Fecha de recepción: 1 de enero de 2023

Fecha de revisión: 15 de febrero de 2023

Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2023

Fecha de publicación: 3 de julio de 2023

Licencia Creative Commons



RESUMEN

El legislador español, en el marco del derecho comunitario europeo, ha establecido instrumentos jurídicos al objeto de facilitar la reestructuración de los deudores en un momento temprano y, en consecuencia, evitar la insolvencia y la pérdida de puestos de trabajo, preservar los conocimientos técnicos y las capacidades y maximizar el valor total para acreedores y propietarios, pero también la economía en su conjunto. La circunstancia de que la reestructuración se realice sin necesidad de abrir un procedimiento concursal y, es más, precisamente, con el fin de evitar su apertura, explica que hablemos de derecho preconcursal y de instrumentos o institutos preconcursales. En el presente trabajo se expone el relativo a la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores, cuyo sentido último es que el deudor pueda disfrutar de una paralización o suspensión temporal de las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, sobre los bienes necesarios para continuar con su actividad empresarial, con el fin de facilitar las negociaciones de ese plan de reestructuración. Esta continuidad permite preservar el valor de la empresa y, por consiguiente, si las negociaciones culminan satisfactoriamente, maximizar el excedente de valor asociado a una reestructuración preconcursal.

PALABRAS CLAVE: instrumentos legales, reestructuración de empresas, viabilidad, precurso de acreedores, comunicación de apertura de negociaciones, bienes necesarios, paralización de ejecuciones, continuidad empresarial.

ABSTRACT

The Spanish law, within the framework of European Community Law, has established legal instruments in order to facilitate the restructuring of debtors at an early stage and, consequently, avoid insolvency and job losses, preserve technical knowledge and capabilities and maximize total value for creditors and owners, but also for the economy as a whole. The circumstance that the restructuring is carried out without the need to open bankruptcy proceedings and, more precisely, in order to avoid its opening, explains why we are talking about pre-bankruptcy law and pre-bankruptcy instruments or institutes. In the present work the one related to the communication of the opening of negotiations with the creditors is exposed, whose ultimate meaning is that the debtor can enjoy a stoppage or temporary suspension of the singular, judicial or extrajudicial executions, on the assets necessary to continue with its business activity, in order to facilitate the negotiations of that restructuring plan. This continuity makes it possible to preserve the value of the company and, therefore, if the negotiations end

satisfactorily, to maximize the excess value associated with a pre-bankruptcy restructuring.

KEYWORDS: legal instruments, company restructuring, business viability, pre-bankruptcy, communication of opening of negotiations, necessary assets, suspension of executions, business continuity.

FORO

EL DERECHO PRECONCURSAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La Ley Concursal española (en adelante, LC) dedica su Libro Segundo al denominado “Derecho preconcursal”, el cual ha sido objeto de una modificación íntegra con ocasión de la última reforma llevada a cabo mediante la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. A su vez, esta reforma tiene su razón de ser en la obligada transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (en adelante, la Directiva 2019/1023 o la Directiva).¹ Ello explica, por tanto, la profunda revisión del sistema de preinsolvencia español.²

Mediante el instituto de la comunicación de la apertura de negociaciones se busca facilitar y proteger la negociación de un plan de reestructuración entre el deudor y sus acreedores. Para ello, como analizaremos posteriormente, la Di-

1. Para un análisis de la misma pueden consultarse Juana Pulgar Ezquerro, “Gobierno corporativo y reestructuración preventiva: la Directiva UE 2019/1023”, en *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, dir. Juana Pulgar Ezquerro, coord. Eva Recamán Graña (Madrid: Wolters Kluwer, 2020), 55 y ss.; y, en profundidad, Lourdes Garnacho Cabanillas y Francisco Javier Arias Varona, *El Derecho Concursal y la transposición de la Directiva sobre Reestructuración Preventiva* (Madrid: La Ley Wolters Kluwer, 2022).
2. Específicamente, sobre la reforma del régimen del preconcursal, véase Carlos de Cárdenas Smith, “Aproximación al régimen preconcursal de la reciente reforma concursal”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 60 (2022): 29 y ss.

rectiva (y, en consecuencia, también la LC) contiene previsiones relativas a los efectos derivados de la existencia de dichas negociaciones, en concreto: i) el mantenimiento de las facultades de disposición del deudor (el conocido como “deudor no desapoderado”); y ii) la suspensión de ejecuciones sobre los bienes del deudor que, a su vez, comporta una serie de consecuencias en relación con la solicitud de concurso, tanto por el deudor como por los acreedores,³ así como sobre los créditos y contratos pendientes de ejecución.⁴

LA COMUNICACIÓN DE LA APERTURA DE NEGOCIACIONES CON LOS ACREEDORES PRESUPUESTOS

La facultad de comunicar la existencia de negociaciones con los acreedores —también la de solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración— queda supeditada a la concurrencia de dos presupuestos: uno de naturaleza subjetiva y otro de naturaleza objetiva.

En primer lugar, la LC restringe la posibilidad de efectuar la comunicación de la apertura de negociaciones a “cualquier persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional”. Por tanto, queda excluida de esta posibilidad la persona física no empresaria (esto es, un consumidor). El objetivo del Libro Segundo de la LC es salvar empresas y negocios viables, por lo que su ámbito de aplicación se circunscribe a quienes llevan a cabo una actividad empresarial o profesional, sean personas naturales o jurídicas. Con todo, aquella declaración inicial debe ser matizada, ya que el propio precepto veta el uso de este mecanismo a una serie de entidades que desarrollan actividades empresariales y que, por lo tanto, disfrutarían, en principio, de dicha posibili-

-
3. Si se pretende incentivar las soluciones preconcursales, es coherente que la normativa concursal proteja la negociación estableciendo medidas para evitar que cualquier acreedor pueda hacerla fracasar mediante la solicitud de concurso.
 4. Por todos, véase Nuria Fernández Pérez, “La comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores”, en *Derecho concursal y preconcursal. Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre*, tomo II, dir. Esperanza Gallego Sánchez (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 2241, e, *in extenso*, “La incidencia de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva, sobre los artículos 5 bis y 235 de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, n.º 32 (2020): 71 y ss.; así como Pedro Yanes Yanes, *El precurso de acreedores* (Cizur Menor: Aranzadi, 2023).

dad.⁵ En cualquier caso, resulta relevante que la comunicación de la apertura de negociaciones corresponda exclusivamente al deudor, quizá, como ha sido señalado,⁶ porque inconscientemente permanece la idea de que con la comunicación se pone en marcha la cuenta atrás para solicitar el concurso.

En segundo lugar, la comunicación de apertura de negociaciones procede “cuando el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual”. Por tanto, la posibilidad de realizar la comunicación no se limita a los supuestos de insolvencia actual o inminente, que, a su vez, constituyen presupuesto objetivo del concurso. A ellos se añade un tercer estado de insolvencia: la probabilidad de insolvencia (*likelihood of insolvency*).⁷

La LC delimita los distintos estados de insolvencia sirviéndose del factor temporal:⁸ así, la probabilidad de insolvencia es un estado previo al estado de insolvencia inminente y este es anterior al estado de insolvencia actual. En efecto, se encuentra en insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles y, en insolvencia inminente, el deudor que prevé que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

Por último, el deudor se encuentra en probabilidad de insolvencia cuando es objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que vencen en los próximos dos años. Desde esta óptica, la regulación del presupuesto objetivo de la comunicación de negociaciones se caracteriza por su extraordinaria flexibilidad.

5. Así, empresas de seguros y reaseguros, entidades de crédito, empresas de inversión u organismos de inversión colectiva, entidades de contrapartida central, depositarios centrales de valores, otras entidades y entes financieros, empresas que integran la organización territorial del Estado, organismos públicos y demás entes de derecho público, así como los deudores incluidos en el Libro Tercero (procedimiento especial de microempresas).

6. En este sentido, Marta López Narváez, “La comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 59 (2022): 16.

7. Véase, por todos, Pulgar Ezquerro, “Gobierno corporativo y reestructuración preventiva: la Directiva UE 2019/1023”, 67 y ss.

8. Realizan una propuesta de delimitación de los distintos estados de insolvencia Alfredo Muñoz García, “Situaciones próximas a la insolvencia y viabilidad empresarial”, en *Reestructuración y Gobierno Corporativo...*, 169 y ss., o Pulgar Ezquerro, “Gobierno corporativo y reestructuración...”, 74 y ss., si bien debe tenerse en cuenta que en el momento de redacción de los trabajos no se encontraba acogido (ni, por tanto, definido) legalmente el estado de “probabilidad de insolvencia”.

REQUISITOS Y RESOLUCIÓN SOBRE LA COMUNICACIÓN

El deudor que desarrolla una actividad empresarial o profesional y se encuentra en situación de probabilidad de insolvencia, de insolvencia inminente o de insolvencia actual puede comunicar la existencia de negociaciones con sus acreedores o la intención de iniciarlas de inmediato al juzgado competente para la declaración del concurso. Por tanto, la comunicación puede llevarse a cabo no solo cuando efectivamente se han iniciado las negociaciones con los acreedores, sino también cuando el deudor pretende comenzarlas de forma inminente. De nuevo se pone de manifiesto el propósito del legislador de favorecer que el deudor se sirva de este instrumento tempranamente, por lo que es suficiente con que aquel se limite a comunicar su mera voluntad de negociar con sus acreedores.

Esta segunda posibilidad no está sujeta al cumplimiento de ningún requisito temporal concreto, más allá de la exigencia de que el inicio de las negociaciones se tiene que producir “de inmediato”. Sin embargo, debe presumirse que el deudor tendrá interés en hacerlo pronto si se encuentra en situación de insolvencia inminente y, con mayor inmediatez, en caso de encontrarse en estado de insolvencia actual.⁹ Téngase presente que, atendiendo al art. 5.1, LC, el deudor debe solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual. Incluso el concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, en caso de incumplimiento de dicho deber.

Por lo demás, en caso de persona jurídica, la competencia para presentar la comunicación corresponde al órgano de administración del deudor, en tanto órgano que legalmente tiene atribuidas la gestión y la representación de la sociedad.¹⁰ Desde esta perspectiva, la decisión sobre la apertura de negociaciones con los acreedores también corresponde al órgano de administración por tratarse de una competencia de gestión que, en principio, no tiene por qué

9. Igualmente, véase Fernández Pérez, “La comunicación de la apertura de negociaciones...”, 2242.

10. Como recuerda Fernández Pérez (ibid., 2242), en situación preconcursal los órganos societarios actúan bajo el régimen del derecho de sociedades, por lo que es el órgano de administración al que le compete la representación de la sociedad.

implicar una alteración esencial de la estructura corporativa y patrimonial de la sociedad.¹¹

Sin embargo, cabría que esta competencia se hubiera reservado estatutariamente a la junta general, en cuyo caso sería este órgano social quien tendría que tomar la decisión. Otra cosa es que si el plan de reestructuración contiene propuestas que afectan a materias competencia de la junta general (acuerdos de aumento de capital por compensación de créditos, transmisión de activos esenciales, emisión de obligaciones convertibles, etc.) sea preceptiva la intervención de aquella, no para decidir sobre la apertura de las negociaciones, sino para adoptar los acuerdos correspondientes en relación con los compromisos que corresponden a la sociedad atendiendo a su contenido.¹²

En el marco de las negociaciones, el órgano de administración no puede asumir ni invadir competencias que corresponden a la junta general, no solo las atribuidas legalmente en el art. 160, LSC, sino también las que corresponden implícitamente a su ámbito de competencias.¹³

La LC supedita la comunicación de la existencia de negociaciones al cumplimiento de ciertos requisitos de forma y de fondo, lo que constituye una de las grandes novedades del régimen en vigor.

Desde un punto de vista formal, la comunicación debe hacerse a través de la sede judicial electrónica o por medios telemáticos o electrónicos, excepto las personas no obligadas a comunicarse por medios electrónicos con la Administración de Justicia (art. 586.1 LC, en conexión con el art. 4 del RD 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas con la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNet).

Desde un punto de vista de fondo, se exige que la comunicación de apertura de negociaciones incluya un contenido calificable de exhaustivo y minucioso, por lo que su correcta cumplimentación puede resultar compleja debido a la cantidad y al tipo de información exigida.¹⁴

11. En este sentido, Antonio Roncero Sánchez, “Distribución de competencias entre los órganos de las sociedades de capital en activo en situaciones de insolvencia actual e inminente”, en *Reestructuración y Gobierno Corporativo...*, 319, aunque en relación con la decisión sobre la negociación de acuerdos de refinanciación.

12. Tal y como advierte Roncero Sánchez, *ibíd.*, 321.

13. *Ibíd.*, 322, con ulteriores referencias bibliográficas.

14. Por todos, Fernández Pérez, “La comunicación de la apertura de negociaciones...”, 2245.

Presentada la comunicación, corresponde al letrado de la Administración de Justicia comprobar que: i) el juzgado es competente; y ii) la comunicación no presenta defectos formales. Para ello dispone de un plazo máximo de dos días a contar desde la fecha de la presentación. Se trata, en realidad, más de un trámite cuasi automático que de un procedimiento en sí mismo considerado y que de este modo satisface los objetivos de rapidez procesal y de intervención judicial mínima impuestos por la Directiva.¹⁵ Obsérvese que el letrado no entra en el fondo (en el contenido) de la comunicación, sino que se limita a una comprobación calificable de mera formalidad.

Con todo, la cuestión relativa a la competencia judicial merece alguna consideración. Hemos afirmado que la competencia para conocer de la comunicación de la existencia de negociaciones (o de la intención de iniciarlas de inmediato) corresponde al juzgado competente para la declaración de concurso. Por exigencia del Reglamento 2015/848, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, se prevé un control de oficio de la competencia judicial y el derecho de cualquier acreedor de impugnar la resolución sobre la comunicación por falta de dicha competencia.

En sede de comunicación, el control de la competencia judicial internacional y territorial corresponde al letrado de la Administración de Justicia. Este control será realizado con base en lo acreditado por el deudor en su comunicación, esto es, que su centro de interés principal está en España o que tiene un establecimiento en nuestro país. Pues bien, si aquel concluye que el juzgado no es competente para conocer de la comunicación, dará cuenta al juez, que oirá al solicitante y al Ministerio Fiscal por plazo común de cinco días, resolviendo al siguiente mediante auto, frente al que cabe recurso de apelación si declara la falta de competencia de los tribunales españoles. Además, cualquier acreedor puede formular declinatoria por falta de competencia internacional o territorial en el plazo de diez días a contar desde la publicación en el Registro Público Concursal de la resolución teniendo por formulada la comunicación o, si tiene carácter reservado, desde su conocimiento por el acreedor impugnante.

15. En un sentido similar, López Narváez, “La comunicación de la apertura de las negociaciones...”, 20.

DE LOS EFECTOS

Como hemos señalado inicialmente, la Directiva y, por tanto, también la LC contienen una serie de previsiones dirigidas a facilitar las negociaciones sobre los planes de reestructuración preventiva, que operan como auténticos “escudos protectores de las negociaciones”, en expresión doctrinal. Son los denominados “efectos de la comunicación”, que se producen *ope legis*, es decir, de forma automática. Veámoslos.

SOBRE EL DEUDOR

En coherencia con el principio de intervención mínima, la comunicación no tiene efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integren el patrimonio del deudor. La Directiva pretendió evitar costes innecesarios, reflejar el carácter anticipatorio de la reestructuración preventiva y animar a los deudores a solicitarla en un momento temprano de sus dificultades financieras. Es más, en nuestro ordenamiento, el principio de “deudor no desahogado” —*debtor in possession*— ha sido acogido en toda su extensión, toda vez que el deudor no solo mantiene las facultades de disposición relacionadas con la gestión diaria de la empresa, sino que también puede realizar actos extraordinarios o fuera del giro o tráfico de aquella.¹⁶

Ahora bien, ello no implica que tales actos no puedan ser enjuiciados si agravan la situación de insolvencia o son perjudiciales para el interés social conforme a las normas del derecho de sociedades, concursal o, incluso, penal.¹⁷ En cualquier caso, esta opción ha sido bien recibida por la doctrina más autorizada, que recuerda que uno de los retos en la negociación es “mantener viva” la empresa hasta que se alcance el acuerdo, lo que puede dilatarse en el tiempo y para lo que es necesario llevar un control exhaustivo de tesorería, inversiones y una permanente optimización de recursos.¹⁸

16. Por su parte, el art. 5.1 de la Directiva 2019/1023 establece que, como mínimo, el deudor que sea parte en los procedimientos de reestructuración preventiva conserve totalmente, o al menos en parte, el control sobre sus activos y sobre la gestión diaria de la empresa.

17. Como acertadamente sostiene López Narváez, “La comunicación de la apertura de las negociaciones...”, 21.

18. Por todos, Juana Pulgar Ezquerro, “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal: comunicación ex art. 5 bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito”,

De otra parte, la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores suspende el deber de solicitar concurso por parte del deudor. El prolongado plazo que suelen requerir las negociaciones y el riesgo de calificación del concurso como culpable si el deudor ha incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia justifican la suspensión de dicho deber.¹⁹ Con la amenaza del concurso culpable el precurso no tendría ninguna utilidad.²⁰

Con todo, como gráficamente ha sido señalado, esta suspensión no implica el otorgamiento al deudor de una suerte de “carta blanca”.²¹ Al contrario, tiene que ser consciente de que se encuentra en situación de insolvencia y de cuáles pueden ser las consecuencias del intento de alcanzar un plan de reestructuración, muy especialmente, de la posible lesividad de los acuerdos propuestos si finalmente la negociación no llega a buen puerto.²² Es más, transcurridos tres meses desde la comunicación (o desde la prórroga de sus efectos), el deudor que no haya alcanzado un plan de reestructuración deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente, salvo que no se encuentre en estado de insolvencia actual.²³

Con independencia de ello, si el deudor presenta solicitud de concurso mientras están en vigor los efectos de la comunicación, el juez podrá suspender dicha solicitud a instancia bien del experto en la reestructuración (si ha sido nombrado, obviamente), bien de los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. Nótese la función disuasoria de esta previsión.²⁴

Asimismo, la comunicación también suspende el deber legal de acordar la disolución por existir pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una

Revista de Derecho concursal y paraconcursal, n.º 23 (2015): 2, refiriéndose a los acuerdos de refinanciación, aunque dicha observación es perfectamente extrapolable al instrumento preconcursal que nos ocupa.

19. Por todos, López Narváez, “La comunicación de la apertura de las negociaciones...”, 22.
20. Así, De Cárdenas Smith, “Aproximación al régimen preconcursal de la reciente reforma concursal”, 33.
21. En expresión de Eduardo Aznar Giner, *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 113.
22. Tal y como recuerda Fernández Pérez, “La comunicación de la apertura de negociaciones...”, 2274.
23. De ahí que se aluda al plazo de la comunicación como “3+1”.
24. Por todos, Fernández Pérez, “La comunicación de la apertura de negociaciones...”, 2274.

cantidad inferior a la mitad del capital social [art. 613 LC en conexión con el art. 363.1.e) LSC], es decir, pérdidas cualificadas. Esta medida de coordinación con el derecho de sociedades ha sido positivamente valorada, ya que no es inusual que coincidan en el tiempo situaciones de insolvencia y desequilibrio patrimonial y de nada vale poner remedio a unas y no resolver otras.²⁵ De este modo, con la comunicación no solo se resuelven temporalmente los problemas de liquidez de la empresa, sino también los posibles problemas contables en el patrimonio neto.²⁶

SOBRE LOS CRÉDITOS

La comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores no produce por sí sola el vencimiento anticipado de los créditos. La explicación es doble. Por un lado, la hipotética resolución anticipada tendría como consecuencia un aumento del endeudamiento del deudor, que ya se encuentra en una situación financiera complicada. Por otro, las negociaciones objeto de la comunicación pueden fracasar, en cuyo caso, el momento del vencimiento de los créditos se producirá con la declaración del concurso.

A mayor abundamiento, la LC expresamente declara la ineficacia de las cláusulas contractuales que prevean la modificación de los términos o condiciones del crédito, incluido su vencimiento anticipado, por esa sola causa, por solicitud de suspensión general o singular de acciones o procedimientos ejecutivos o por otra circunstancia análoga o directamente relacionada con ellas. Pues bien, esta declaración presenta una especial virtualidad frente a los acreedores, en especial bancarios, que tradicionalmente han tratado de resistirse a incrementar su exposición a deudores en situación preconcursal.²⁷

Por otro lado, la comunicación por sí sola tampoco impide que el acreedor que disponga de garantía personal o real de un tercero para la satisfacción de su crédito pueda hacerla efectiva si el crédito garantizado no ha vencido. En consecuencia, aquel podrá ejecutar la garantía personal o real otorgada por un tercero. Es más, se prohíbe expresamente que los garantes invoquen la comu-

25. Tal y como señala De Cárdenas Smith, “Aproximación al régimen preconcursal...”, 33.

26. Así, López Narváez, “La comunicación de la apertura de las negociaciones...”, 27.

27. Como acertadamente afirma López Narváez (ibíd., 24).

nicación en perjuicio del acreedor, incluso aunque este último participe en las negociaciones.

Como excepción, en caso de grupos de sociedades, se permite que la comunicación suspenda la ejecución de las garantías prestadas por otras sociedades del grupo, si lo solicita la sociedad deudora acreditando que la ejecución de la garantía puede causar la insolvencia del garante y de la propia deudora. De este modo, se quiere evitar que las garantías cruzadas arrastren a todo el grupo a la insolvencia.²⁸ De hecho, de no existir aquella previsión, la única alternativa posible para evitar la insolvencia sería instar una comunicación también por la sociedad garante,²⁹ con las dificultades que conlleva en los grupos de sociedades internacionales o el coste que puede suponer para aquella y para sus propios acreedores.

SOBRE LOS CONTRATOS

La extensión del derecho preconcursal a contratos comerciales constituye una de las grandes novedades de la Directiva y, en consecuencia, de la LC tras su reforma. Además, se revela como una potente herramienta para lograr una reestructuración global y eficaz de una compañía.³⁰

Sentado lo anterior, el art. 597, LC proclama como principio general la vigencia de los contratos, al declarar que la comunicación por sí sola no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (*executory contracts*). Esta declaración queda completada por una segunda afirmación a tenor de la cual se tienen por no puestas las cláusulas contractuales que prevean la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada del contrato (las conocidas como cláusulas *ipso facto*)³¹ por el mero motivo de: i) la presentación de la comunicación o su admisión a trámite; ii) la solicitud de sus-

28. Tal y como apunta De Cárdenas Smith, “Aproximación al régimen preconcursal...”, 33.

29. Véase Fernández Pérez, “La comunicación de la apertura de negociaciones...”, 2253.

30. López Narváez, en “La comunicación de la apertura de las negociaciones...”, 25, recuerda que el régimen anterior nada establecía sobre el mantenimiento de los contratos una vez presentada la comunicación de la apertura de negociaciones, lo que era considerado por muchos como una clara laguna, mientras que sí establecía un régimen semejante una vez producida la declaración de concurso (arts. 156 a 159, LC).

31. Al respecto, puede consultarse Fernando Azofra Vegas, “Las cláusulas *ipso facto* y la posibilidad de denuncia unilateral del contrato en escenarios preconcursales y concursales”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 55 (2022): 151 y ss.

pensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos; y iii) cualquier otra circunstancia análoga o directamente relacionada con las anteriores.

En cambio, la facultad de suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por circunstancias distintas a las anteriormente mencionadas no queda afectada por la comunicación.

En el supuesto particular de contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor (esto es, aquellos “necesarios para proseguir la gestión diaria de la empresa, incluidos los contratos de suministro, cuya interrupción conduciría a una paralización de las actividades del deudor”), se prohíbe suspender el cumplimiento de las obligaciones de la contraparte, modificar o terminar anticipadamente el contrato por incumplimientos del deudor anteriores a la comunicación mientras se mantengan los efectos de la comunicación sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos.

Es más, con toda rotundidad (“en ningún caso”), se prohíbe el vencimiento anticipado, la resolución o la terminación de los contratos de suministro de bienes, servicios o energía necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, salvo que tales contratos se hubieran negociado en mercados organizados, de modo que puedan ser sustituidos en cualquier momento por su valor de mercado.

Por último, la comunicación de apertura de negociaciones tampoco afectará a la facultad de vencimiento anticipado, resolución o terminación de los acuerdos de compensación contractual (*netting*) sujetos al Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

SOBRE LAS ACCIONES Y LOS PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS

La comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores lleva aparejada la paralización de las acciones y los procedimientos ejecutivos judiciales o extrajudiciales sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Esta paralización conlleva tanto la prohibición de iniciar tales acciones y ejecuciones como la suspensión de aquellas ya iniciadas, aunque, en buena lógica, no es aplicable a las reclamaciones de créditos que legalmente no pueden quedar afectados por el plan de reestructuración.

Con dicha medida se busca facilitar las negociaciones relativas a un plan de reestructuración y que el deudor sea capaz de continuar la actividad empresarial o, al menos, de preservar el valor de su masa patrimonial durante las negociaciones. En consecuencia, su aplicación a reclamaciones de créditos ajenos a un plan de reestructuración (créditos de alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco o de matrimonio, créditos derivados de responsabilidad civil extracontractual, créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección y créditos futuros que nazcan de contratos de derivados que se mantengan en vigor) resultaría ineficaz a efectos de la finalidad pretendida.

Desde un punto de vista material, la paralización se circunscribe, en principio, a las acciones y ejecuciones que recaigan sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Se presume, por tanto, que la realización de los demás bienes no perjudica la continuidad de la actividad. Huelga señalar la importancia de determinar cuándo un bien o derecho debe ser considerado como tal. Sin embargo, la LC guarda silencio sobre esta cuestión. Así las cosas, se han defendido dos interpretaciones: i) una amplia, que incluye en dicha categoría a todo bien o derecho que directa o indirectamente resulte necesario para la continuidad empresarial o profesional; y ii) una más restrictiva, que únicamente califica como tales a los bienes y derechos sin los que resultaría imposible o muy difícil dicha continuidad.³² Pues bien, ha sido esta última interpretación (es decir, la restrictiva) la que ha prevalecido.

En principio, la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores no impide que los titulares de derechos reales de garantía puedan iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes o derechos gravados, incluso por deuda ajena cuando el deudor sea una sociedad del mismo grupo que la sociedad que haya hecho la comunicación. Sin embargo, si la garantía recae sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, una vez iniciado el procedimiento de ejecución, se suspenderá por el juez que esté conociendo del mismo hasta que transcurran tres meses a contar desde la comunicación o, si se trata de una ejecución extrajudicial, por el juez ante el que se haya presentado la comunicación.

32. Para una exposición de ambas interpretaciones puede consultarse Fernández Pérez, “La comunicación de la apertura de negociaciones...”, 2266 y 2267.

Desde un punto de vista temporal, la paralización de las acciones y los procedimientos ejecutivos judiciales o extrajudiciales sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor se aplica por un plazo máximo de tres meses. Con el establecimiento de este límite temporal se pretende lograr un justo equilibrio entre los derechos del deudor y los de los acreedores, cuyo derecho a la tutela judicial efectiva queda afectado como consecuencia de dicha paralización.

Con todo, el legislador ha sido consciente de que las reestructuraciones complejas pueden requerir más tiempo.³³ De ahí que quepa la prórroga de los efectos de la comunicación que, de adoptarse, incidiría en la duración de la paralización, ampliándola por un período de hasta otros tres meses sucesivos a la ya concedida. Por lo tanto, como máximo seis meses.³⁴ Recuérdese, igualmente, que la estimación del recurso de revisión presentado contra el decreto del letrado de la Administración de Justicia por el que se tiene por presentada la comunicación resolviendo que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor permite iniciar o reanudar las ejecuciones paralizadas.

En fin, los acreedores públicos reciben un tratamiento privilegiado,³⁵ ya que quedan excluidos de la aplicación de las previsiones relativas a los efectos de la comunicación sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos. En consecuencia, aquellos pueden iniciar procedimientos de ejecución frente al deudor que hubiera presentado una comunicación. Además, los procedimientos ya iniciados no se suspenden. Sin embargo, si la ejecución recae sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, se podrá suspender el procedimiento de ejecución, aunque exclusivamente en la fase de realización o enajenación.

Mientras que, si la ejecución es judicial, la suspensión la ordenaría el juez que está conociendo el procedimiento; en caso de que la ejecución sea extrajudicial, la suspensión la ordenaría el juez ante el que se haya presentado la comunicación. De este modo, se da la oportunidad a que el deudor, en el marco del plan de reestructuración, pueda conseguir fondos suficientes para pagar el

33. *Ibíd.*

34. Frente a los doce meses que menciona la Directiva 2019/1023 en su considerando 35.

35. Lo que constituye una manifestación más de la “hiperprotección” de los créditos públicos denunciada por la doctrina desde hace años. Así, por todos, Pulgar Ezquerra, “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal...”, 7.

crédito público y así salvar los bienes necesarios para su actividad antes de que sean vendidos.³⁶

CONCLUSIONES

La configuración por la Ley Concursal española, en su versión inicial de 2003, del “riesgo de insolvencia” avocaba directamente al deudor al procedimiento judicial. Esta realidad se mostró claramente ineficiente a raíz de la crisis financiera que se desencadenó en 2008 en un contexto global, con especial incidencia en el ámbito interno.

Por ello, en sucesivas revisiones del texto legal español de insolvencia fueron introducidos dos institutos preconcursales al objeto precisamente de evitar el automatismo del concurso de acreedores. Se trataba de los acuerdos de reestructuración —erróneamente denominados acuerdos de refinanciación— así como de los acuerdos extrajudiciales de pagos.

Además, con el fin de facilitar estos acuerdos, se contempló la posibilidad de que, con una mera comunicación al juzgado competente del inicio de negociaciones con los acreedores, el deudor alcanzase un cierto “margen de tranquilidad”, en el que se previó la prohibición de principiar determinadas ejecuciones, la suspensión de algunas ya en curso, la posposición del cumplimiento del deber de solicitar el concurso y la simultánea supresión durante dicho período de la posibilidad de que los acreedores instasen el proceso judicial de insolvencia.

En esta línea precisamente incide la reciente reforma de la Ley Concursal para adaptarla al derecho comunitario europeo, pero solo el tiempo pondrá de relieve si esta herramienta, ahora revisada y aumentada, llega a cumplir la muy razonable finalidad para la que se halla incorporada. Estemos atentos, pues únicamente experiencias contrastadas pueden ser, en su caso, de alguna utilidad comparada para ordenamientos que se planteen en algún momento dar respuesta a similares supuestos de hecho.

36. Como advierte López Narváez, “La comunicación de la apertura de las negociaciones...”, 26. En ambos casos (es decir, tanto en caso de ejecución judicial como extrajudicial), la suspensión acordada decaerá perdiendo toda su eficacia transcurridos tres meses desde el día de la comunicación, quedando sin efectos y sin necesidad de dictar resolución judicial alguna o, en su caso, acto alguno por el letrado de la Administración de Justicia. Obsérvese que no se menciona expresamente la posibilidad de adoptar una prórroga.

BIBLIOGRAFÍA

- Albiol Plans, Jordi. *Claves y aspectos prácticos de la reforma concursal y paraconcursal*. Las Rozas: Bosch, 2022.
- Aznar Giner, Eduardo. *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Azofra Vegas, Fernando. “Las cláusulas *ipso facto* y la posibilidad de denuncia unilateral del contrato en escenarios preconcursales y concursales”. *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 55 (2022): 151-72.
- Bellido Salvador, Rafael. *Los institutos preconcursales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Cárdenas Smith, Carlos de. “Aproximación al régimen preconcursal de la reciente reforma concursal”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 60 (2022): 29-45.
- Carrasco Perera, Ángel. “La suspensión de las ejecuciones por la comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal”. En *Las ejecuciones en el concurso de acreedores*, dirigido por Ángel Rojo Fernández-Río, Juan Carlos Sáenz García de Albizu, Ana Belén Campuzano Laguillo y Rafael Lara González, 185-209. Pamplona: Civitas, 2016.
- Enciso Alonso-Muñumer, María. “De la trasposición de la Directiva como sentido inicial de la reforma a la alarmante desjudicialización de las instituciones concursales”. En *El concurso y la conservación de la empresa: debates sobre nuestra inminente nueva ley concursal*, coordinado por Inmaculada Herbosa, 33-54. Pamplona: Aranzadi, 2022.
- Fernández Pérez, Nuria. “La comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores”. En *Derecho concursal y preconcursal. Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre*, dirigido por Esperanza Gallego Sánchez. Tomo II, 2240-77. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- . “La incidencia de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva, sobre los artículos 5 bis y 235 de la Ley Concursal”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 32 (2020): 71-95.
- Gallego Sánchez, Esperanza. “La capitalización de créditos en el concurso y en el pre-concurso”. En *Sociedades y concurso. Estudios de Derecho societario de la crisis*, coordinado por Josefa Brenes Cortés y Sonia Rodríguez Sánchez, y dirigido por Alberto Díaz Moreno, Francisco José León Sanz y José Carlos Vázquez Cueto, 105-36. Pamplona: Aranzadi, 2018.
- García Vidal, Ángel. “El precurso de acreedores: publicidad versus reserva”. *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 299 (2016): 81-118.

- Garnacho Cabanillas, Lourdes, y Francisco Javier Arias Varona. *El Derecho Concursal y la transposición de la Directiva sobre Reestructuración Preventiva*. Madrid: La Ley Wolters Kluwer, 2022.
- Gómez Asensio, Carlos. “La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 12 (2020): 472-511.
- Gurrea Martínez, Aurelio, y Adolfo Rouillon. *Derecho de la insolvencia: un enfoque comparado y funcional*. Las Rozas: Bosch, 2022.
- Gutiérrez Gilsanz, Andrés. *Derecho preconcursal y concursal de sociedades mercantiles de capital*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.
- Lado Castro-Rial, Cayetana. “El crédito tributario ante los institutos concursales”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 34 (2021): 123-38.
- López Narváez, Marta. “La comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 59 (2022): 13-29.
- Martín Torres, Ángel. “La figura del experto en la reestructuración en la Ley de reforma del Texto refundido de la Ley Concursal”. *Revista General de Insolvencias*, n.º extra 7 (2022): 213-35.
- Martínez Sanz, Fernando. “La comunicación de la apertura de negociaciones con acreedores”. En *Los acuerdos de refinanciación y reestructuración*, dirigido por Ángel Rojo Fernández-Río y Ana Belén Campuzano Laguillo, y coordinado por María Luisa Sánchez Paredes, 29-46. Pamplona: Aranzadi, 2018.
- Muñoz García, Alfredo. “Situaciones próximas a la insolvencia y viabilidad empresarial”. En *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, dirigido por Juana Pulgar Ezquerra y coordinado por Eva Recamán Graña, 169-202. Madrid: Wolters Kluwer, 2020.
- Pérez-Crespo Payá, Francisco. “La Ley 16/2022 y las medidas para mejorar la eficiencia de los procedimientos concursales”. *Revista General de Insolvencias*, n.º extra 7 (2022): 317-55.
- Pulgar Ezquerra, Juana. “Gobierno corporativo y reestructuración preventiva: la Directiva UE 2019/1023”. En *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, dirigido por Juana Pulgar Ezquerra y coordinado por Eva Recamán Graña, 55-128. Madrid: Wolters Kluwer, 2020.
- . “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal: comunicación ex art. 5 bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 23 (2015): 31-53.
- Recamán Graña, Eva. “Diligencia e interés social en la proximidad a la insolvencia”. En *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, dirigido por Juana Pulgar Ezquerra y coordinado por Eva Recamán Graña, 203-34. Madrid: Wolters Kluwer, 2020.

- Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel. “El precurso tras la COVID-19”. *Diario La Ley*, n.º 9680 (2020).
- Roncero Sánchez, Antonio. “Distribución de competencias entre los órganos de las sociedades de capital en activo en situaciones de insolvencia actual e inminente”. En *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, dirigido por Juana Pulgar Ezquerro y coordinado por Eva Recamán Graña, 281-330. Madrid: Wolters Kluwer, 2020.
- Ruiz de Lara, Manuel. “Los papeles de las administraciones públicas ante la precur-salidad”. En *El concurso y la conservación de la empresa: debates sobre nuestra inminente nueva ley concursal*, coordinado por Inmaculada Herbosa, 115-34. Pamplona: Aranzadi, 2022.
- Thomàs Puig, Petra María. “Ejecuciones y garantías reales en reestructuraciones y concursos. Últimas reformas ya vigentes y proyectadas”. *Anuario de Derecho Concur-sal*, n.º 56 (2022): 45-80.
- Vázquez Esteban, Marina. “El acceso a la financiación de sociedades en el derecho precur-sal y la tutela de la nueva financiación”. *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, n.º 3 (2022).
- Veiga Copo, Abel B. *El acreedor en el derecho concursal y precur-sal a la luz del Texto Refundido*. Pamplona: Civitas, 2020.
- Yanes Yanes, Pedro. *El precurso de acreedores*. Cizur Menor: Aranzadi, 2023.