

# Modelo italiano de transposición de la directiva comunitaria sobre reestructuración preventiva de empresas<sup>1</sup>

Italian model for transposition of the community directive on preventive restructuring of companies

DR.<sup>a</sup> LOURDES GARNACHO CABANILLAS<sup>2</sup>

## RESUMEN

Las crisis económicas en las que últimamente nos movemos hacen preciso un replanteamiento de nuestra normativa jurídica-concursal y la búsqueda de mecanismos que permitan una continuidad de empresas viables en el mercado, aunque en situación de crisis o insolvencia. La Directiva comunitaria (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva pretende una mayor

1 Fecha de recepción: 26 de enero de 2023. Fecha de aceptación: 20 de abril de 2023. Para citar el artículo: Garnacho, L. "Modelo italiano de transposición de la directiva comunitaria sobre reestructuración preventiva de empresas". En *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 22, N° 1. enero-junio 2023. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación *Modelos de reestructuración preventiva: Directiva (UE) 2019/1023 vs. legislación concursal vigente* (ref. V794, acrónimo RE19UE. Acción financiada por la Comunidad de Madrid en el marco del Convenio Plurianual con la Universidad Rey Juan Carlos en la línea de actuación 1, Programa de "Estímulo a la investigación de jóvenes doctores"), participando su autora en el mismo como IP. Asimismo, trabajo efectuado en el ámbito de un proyecto de investigación a nivel nacional, *De la insolvencia a la reestructuración. La propuesta de Directiva de 2016 como modelo de futuro del derecho de la insolvencia*" (IP: F. J. Arias Varona, MINECO RTI2018-095066-B-I00).

DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v22n1.01>

2 Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Derecho Mercantil en la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España). Autora de múltiples publicaciones, particularmente en el ámbito del derecho concursal y pre-concursal, obligaciones, contratos y sociedades. Contacto: [lourdes.garnacho@urjc.es](mailto:lourdes.garnacho@urjc.es)

uniformidad en la regulación de esta materia a nivel europeo, aun cuando su flexible regulación haya propiciado, por el momento, solo un acercamiento entre normativas de los Estados miembros. Algo que podemos comprobar, en concreto, a través del estudio del ordenamiento jurídico italiano y frente a nuestra norma jurídico-concursal interna; si bien, y a este respecto, prestemos especial atención a la posibilidad de llegar a imponer el contenido de un acuerdo/plan de reestructuración empresarial a créditos (o clases de créditos) disidentes.

Palabras clave: reestructuración, viabilidad, plan consensual/no consensual, créditos disidentes, arrastre horizontal, arrastre vertical.

## ABSTRACT

The economic crises, in which we have been involved lately, require a rethinking of our legal-bankruptcy regulations and the search for legal mechanisms that allow the continuity of viable enterprises in the market, even when they are in a situation of crisis or (even) insolvency. The Community Directive (EU) 2019/1023 on preventive restructuring frameworks seeks greater uniformity in the regulation of this matter; although the result of its transposition has still provided a disparity in treatment, as shown by the study of the Italian insolvency regulation, in (dis)connection with the Spanish one. An analysis carried out, moreover, from a specific perspective: the imposition of the content of a business restructuring agreement/plan on dissident credits (or classes of credits).

Key words: *restructuring, feasibility test, consensual/non-consensual plan, dissenting credits, intra-class/extra-class cram-down.*

Sumario: I. Introducción. II. Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. 1. Antecedentes históricos. 2. Instrumentos de regulación de crisis de empresa. 2.1 Introducción. 2.2 Acuerdos vs. planes de reestructuración: homologados judicialmente y con eficacia extensiva. 2.2.1 introducción. 2.2.2 Naturaleza jurídica. 2.2.3 Tramitación. 2.2.4 Medidas de protección en favor de créditos disidentes. a) Mayorías b) otras medidas protectoras. 2.2.5 Eficacia extensiva entre las clases de créditos. III. Reflexiones finales: sobre una pretendida (pero aún pendiente) unificación normativa IV. Bibliografía

## I. INTRODUCCIÓN

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 (*vid.* <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81090>) ha supuesto la necesidad de un cambio legislativo en cada uno de los Estados miembros, en lo tocante a la regulación de situaciones de crisis de empresa y/o insolvencia.

Pero, no obstante la pretendida uniformidad que propugna dicha Directiva, lo cierto es que los distintos Estados miembros han procedido a incluir dentro de su normativa jurídica interna las previsiones comunitarias de aquel texto legislativo de forma un tanto dispar.

Y es esa pretendida similitud (aunque también diferencias) en la forma de regular situaciones de crisis económica e insolvencia de empresas la que procederemos a analizar en estas líneas, atendiendo al estudio de un sistema jurídico tan afín al nuestro, como pueda serlo el sistema italiano actualmente vigente, tras la transposición de la Directiva comunitaria, por Decreto Legislativo de 17 de junio de 2022, núm. 83 (*vid.* <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCrisi>); en comparación con nuestra igualmente reciente Ley 16/2022, de 5 de septiembre (*vid.* <https://www.boe.es/boe/dias/2022/09/06/pdfs/BOE-A-2022-14580.pdf>). Si bien, nos detendremos en una cuestión como es la protección que reciben los acreedores afectados por este tipo de negocios jurídicos y, en especial, de aquel acreedor que (aun sin quererlo) se va a ver sometido al contenido de un acuerdo o plan de reestructuración, planteado por un deudor y aceptado mayoritariamente por sus acreedores.

## II. CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

### 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Una clara diferencia con respecto al que ha sido nuestro texto refundido de Ley Concursal (TRLC) hasta el día de hoy<sup>3</sup> la encontramos en el hecho de que el legislador concursal italiano se adelantó en el tiempo a la susodicha

3 Texto promulgado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, como «resultado de la regularización, la aclaración y la armonización de unas normas legales que, como las que son objeto de refundición, han nacido en momentos distintos y han sido generadas desde concepciones no siempre coincidentes». Recuérdese la infinidad de reformas que vino sufriendo la Ley Concursal de 2003 en 2004, 2005, 2007, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 o 2015.

Directiva comunitaria mencionada, actualizando su derecho concursal (su *Legge Fallimentare* de 1942 –LF–, tantas veces reformada) con la promulgación de una norma que, inicialmente, debía haber entrado en vigor en agosto de 2020: el *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* (CCII) promulgado por Decreto Legislativo núm. 14, de 12 de enero de 2019<sup>4</sup>.

Este texto legislativo englobaba normas de carácter pre-concursal y concursal, al regular una pluralidad de institutos jurídicos que servían para evitar y/o resolver situaciones de crisis o insolvencia de un deudor: consumidor, profesional o empresario; en el caso de este último, en principio, un empresario en el ejercicio de su actividad (aun sin ánimo de lucro) comercial, artesanal o agrícola, operando como «persona natural o jurídica o a través de otro ente colectivo, grupo de empresas o sociedad pública, con exclusión del Estado y entes públicos» (art. 1.1 CCII). Estaríamos hablando de mecanismos tales como, por ejemplo y pensando ya solo en el deudor empresario: un acuerdo extrajudicial sometido a homologación judicial o *acuerdo de reestructuración de deuda*<sup>5</sup>; o diversamente, y no habiéndose homologado, un *plan acreditado de saneamiento* (arts. 56 y ss. CCII); un acuerdo o *convención de moratoria* (art. 62 CCII)<sup>6</sup>; el *concordato menor* (arts. 74 y ss. CCII); el *concordato preventivo* (arts. 84 y ss. CCII); o una *liquidación judicial* (–término este en sustitución del de quiebra, desde antaño utilizado– arts. 121 y ss. CCII)<sup>7</sup>. Y se entendía entonces por *crisis* «el estado de desequilibrio económico-financiero que hace probable la insolvencia y que, con respecto a la empresa, se manifiesta en la previsión de una insuficiencia de flujos de efectivo para hacer frente, de manera regular, a las obligaciones planificadas» [art. 2.1 a) CCII]. Así como por *insolvencia* «el estado del deudor que se manifiesta con el incumplimiento u otros hechos externos, que demuestren que el deudor ya no puede hacer frente regularmente a sus propias obligaciones» [art. 2.1 b) CCII].

4 Resultado de una Ley de delegación, núm. 155, de 2017, que pretendía una reforma orgánica del sistema jurídico anterior. En cuanto a los objetivos del susodicho texto legislativo, *vid.* Pacchi, S., "La legislación concursal italiana de frente a la directiva UE 2019/1023", en AA.VV., *El Derecho Concursal y la transposición de la Directiva sobre Reestructuración Preventiva* (dir. Garnacho y Arias), Madrid, 2022, págs. 25-59.

5 Acuerdos que podían venir acompañados de una transacción sobre créditos tributarios y de la Seguridad Social *ex art.* 63 CCII.

6 Instituto jurídico que viene a ser un *pactum de non petendo ad tempus*, con la peculiaridad de que sus efectos pueden extenderse a acreedores no participantes en el mismo, siempre que cumpla el mismo determinadas condiciones. Y previsión normativa aquella (el art. 62 CCII) que ha de ponerse en conexión con el art. 341 CCII, en cuanto a las implicaciones penales que puede llevar consigo un mal uso de este instituto jurídico. Así, Nigro, A. y Vattermoli, D., en *Diritto de la crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 5ª ed., Bologna, 2021, pág. 486.

7 Adviértase que el Código italiano de 2019 no incluye dentro de su articulado el régimen jurídico del procedimiento de administración extraordinaria.

Ahora bien, lo que pretendió ser un gran avance en materia concursal y pre-concursal (pues, como decimos, esta reforma jurídica es previa a la Directiva comunitaria de 2019) derivó en una situación un tanto anómala. Y es que la entrada en vigor del texto completo referenciado, que ya de por sí contaba con una *vacatio legis* inusualmente amplia (originariamente pospuesta a mediados de agosto de 2020), se terminó dilatando en el tiempo (por tener que adecuarse a lo establecido en la antedicha Directiva comunitaria) hasta el pasado 15 de julio de 2022<sup>8</sup>, tras la publicación del Decreto Legislativo, de 17 de junio de 2022, núm. 83; con los cambios que esta última reforma, a su vez, ha traído consigo en el texto legislativo (pensemos, por ejemplo y a estos efectos, en la incorporación de un nuevo instituto jurídico, el denominado *plan de reestructuración sujeto a homologación*). Y sin olvidar tampoco, ya no solo las modificaciones previas que (antes de junio de 2022) vino sufriendo el propio Código de crisis e insolvencia, aún sin estar en vigor; sino también la necesidad excepcional y de urgencia de regular temporal y jurídicamente la situación de crisis sanitaria, provocada por la Covid-19 (con diferentes decretos-leyes<sup>9</sup>)<sup>10</sup>. Pero, es más, complejidad o desbarajuste legislativo que se vio acrecentado<sup>11</sup>, si tenemos en consideración la promulgación del Decreto-Ley núm. 118/2021 sobre «medidas urgentes en materia de crisis de empresa y de saneamiento empresarial, así como otras medidas urgentes en materia de justicia», de 24 de agosto de 2021 (*vid.* <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/10/23/21A06353/sg> –convertido en Ley núm. 147, de 21 de octubre de 2021–) que, y a diferencia del Código de crisis e insolvencia de 2019, sí entró en vigor con posterioridad a su publicación (en parte, el pasado 15 de noviembre de 2021); y una norma jurídica que, por su parte, vino a incorporar al panorama pre-concursal preexistente otros institutos jurídicos no contemplados en el Código de crisis e insolvencia de 2019. Estaríamos hablando de: la *composizione negoziata* de la crisis (o *composizione negoziata della crisi* –arts. 12 y ss. CCII–), pensada como un mecanismo que permite la reestructuración de empresas que aún pueden generar ingresos, con el objeto de prevenir la

8 Aun cuando la norma jurídica mencionada contara con preceptos ya aplicables desde el 16 de marzo de 2019 (concretamente, los arts. 27.1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 y 388).

9 Conocidos como *Cura Italia*, *Liquidità*, *Rilancio*, *Semplificazione*, según Pacchi, S., “La legislación...”, *cit.*, pág. 36.

10 Con respecto a la «accidentada existencia» del Código italiano, *vid.* también Pacchi, S., “La legislación...”, *cit.*, págs. 34 y ss.; siendo varias las modificaciones sufridas, concretamente, en octubre de 2020, agosto y octubre de 2021, así como abril y junio de 2022.

11 Se hace eco de dicha situación, en tanto en cuanto estamos ante un código cuya reforma se ha venido produciendo aún sin haber entrado en vigor de manera definitiva, Sciu-to, M., en AA.VV., *Manuale di Diritto Commerciale* (dir. Cian), Turín, 2021, págs. 197-302, pág. 204.

aparición de situaciones de crisis (colocándose el umbral de actuación sobre la empresa ya no en un momento de «probabilidad» de insolvencia, sino de «probabilidad de la probabilidad» de insolvencia)<sup>12</sup>; así como de un *concordato liquidativo simplificado* (*concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio* –art. 25-*sexies* y ss. CCII–) que permite una salida rápida y menos traumática del mercado de empresas, si es que la composición negociada no ha llegado a buen puerto.

Es por ello que, y ante una diversidad tal de institutos jurídicos pre/concursales, procedamos a analizar, desde una perspectiva comparada, solo algunos de los mecanismos jurídicos mencionados.

## 2. INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN DE CRISIS DE EMPRESA

### 2.1. INTRODUCCIÓN

A primera vista, y ya pasando a analizar la versión definitiva del Código de crisis de empresas e insolvencia italiano, una especialidad procesal que parece acercar aquel al régimen norteamericano y lo aleja del nuestro es que el sistema italiano pretende unificar los mecanismos antedichos en una *única demanda de acceso* al «procedimiento regulatorio de la crisis y de la insolvencia», a instancia del deudor (*ex* art. 37.1 CCII que, además, se amplía a otros sujetos en el caso de la liquidación judicial –art. 37.2 CCII–)<sup>13</sup>. Es más y frente a un sistema jurídico español, que sigue distinguiendo entre insolvencia inminente y actual aun cuando a ellas se antepone ahora un estado de probabilidad de insolvencia que se retrotrae en el tiempo hasta dos años (art. 584.2 TRLC), la ley italiana mantiene la antedicha dicotomía entre insolvencia y crisis de empresa; haciendo especial hincapié en que esta última se produce cuando el «estado del deudor» hace probable la insolvencia y, con respecto a la empresa, «se manifiesta con la previsión de una insuficiencia

12 En concreto, el art. 2 del mismo establece que «el empresario comercial y agrícola que se encuentre en una situación de desequilibrio patrimonial y económico-financiero, que vea como probable la crisis o insolvencia [de su empresa], puede solicitar [...] el nombramiento de un experto independiente cuando resulte razonablemente alcanzable el saneamiento de la empresa»; situación reversible esta que se preocupa de destacar Pacchi, S., «La legislación...», *cit.*, en pág. 50.

13 El sistema norteamericano recogido en su Código de quiebras (§ 301 y 303 del *Bankruptcy Reform Act* de 6 de noviembre de 1978 –también conocido como *Bankruptcy Code*–) supone la apertura de un único procedimiento, de quiebra, pero con distintas soluciones, según el Capítulo al que se acoja el procedimiento concursal iniciado. Aunque eso no impide que, según el caso, sean distintos los legitimados para solicitar el inicio del procedimiento.

de flujos de efectivo para hacer frente a las obligaciones dentro de los doce meses siguientes» [art. 2.1 a). CCII].

Asimismo, y por admitirlo como posible el legislador europeo, el código italiano finalmente vigente sigue la línea de reformas concursales previas de 2005-2006 y 2015, atinentes a la *Legge Fallimentare* de 1942, y viene a regular, junto al *concordato preventivo* (arts. 84 y ss. CCII –antes, arts. 160 y ss. LF–) y al *convenio concorsual* (incluido dentro del procedimiento de liquidación judicial, en arts. 240 y ss. CCII –antes, arts. 124 y ss. LF–), una pluralidad de institutos preventivos o instrumentos de reestructuración del pasivo, homologados (o no) judicialmente.

De una manera más concreta, podríamos mencionar, entre otros:

- (i) El *plan acreditado de saneamiento* del artículo 56 del Código de crisis e insolvencia<sup>14</sup>, previsto para situaciones de crisis o insolvencia de un deudor empresario que, aunque no siendo aquel homologable judicialmente, busca asegurar el restablecimiento económico-financiero de la empresa de la que este es titular<sup>15</sup>, aunque sin eficacia novatoria<sup>16</sup>.

14 Inicialmente denominado como *acuerdo* (que no plan) *en ejecución de un plan de saneamiento acreditado*, no dejaba de ser esta una reminiscencia incongruente de una orientación legislativa finalmente abandonada, según Nigro, A. y Vattermoli, D., en *Diritto... cit.*, pág. 465. Y es que, aun cuando siempre sea posible la preexistencia de una serie de negociaciones entre las partes, es el deudor el único competente para proceder, de manera unilateral, a la presentación de un plan de saneamiento, esto es, un «[p]lan o programa [...] privado de cualquier connotación de negociabilidad». En esta línea, *vid.* asimismo Fedele, R. "Gli strumenti di regolazione della crisi: gli accordi", en AA.VV., *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Commento al decreto legislativo 12 gennaio 2019, N. 14* (dir. Giorgetti), Pisa, 2019, págs. 67-70, pág. 67.

15 Y resulta «acreditado» o certificado porque el plan de reequilibrio financiero que presente este empresario a sus acreedores debe ser verificado por un experto independiente que acredite la veracidad de los datos de la empresa y la viabilidad económica *ex art.* 56.3 CCII (obsérvese que, en la versión original del precepto, se hablaba de una viabilidad económica y «jurídica» del plan). Adviértase, además, la regulación de este instituto jurídico en el art. 67 III d) LF, que no venía a recoger referencia alguna sobre cuál había de ser el contenido de este tipo de acuerdo (aunque algo sí tenido en cuenta de manera precisa en el art. 56 CCII); más allá del tratamiento autónomo que recibe en esta última norma y su naturaleza exquisitamente negocial, a utilizar en situaciones de crisis o insolvencia (*vid.* Fauceglia, G., "Il piano di risanamento nel codice della crisi e dell'insolvenza", en *Fallimento*, 2019, 11, 1281). Por lo demás, y en palabras de Bruno, G., "Gli accordi di ristrutturazione dei debiti", en *Contratto e Impresa (commento alla normativa)*, 2021, vol. 37, núm. 2, págs. 436-468 (versión digital, págs. 1-17), pág. 5, no se produce una novación de las relaciones jurídicas entre deudor y acreedores; a diferencia del cambio en la estructura del pasivo (o de «*resistemazione della massa passiva del patrimonio aziendale*») del deudor que sí se produce, por ejemplo, en el acuerdo de reestructuración de deuda.

16 Estamos ante un mecanismo que podríamos relacionar, a primera vista, con un plan de reestructuración no homologado, pero posible dentro de nuestro ordenamiento

- (ii) El *acuerdo de reestructuración de deuda*, homologado judicialmente y regulado en los artículos 57 y siguientes del Código de crisis e insolvencia (y correlativos). Un acuerdo que, habiendo sido propuesto por el deudor, sin contar con un rechazo de sus acreedores y a quienes habrá hecho llegar su propuesta, le permite a aquel solicitar su homologación judicial; siendo posible, si resultare conveniente, la concreción de un plazo de tiempo por parte del tribunal competente, dentro del cual se procederá a su aceptación por una mayoría reforzada de créditos, para así abrir paso a su subsiguiente homologación. Aun cuando se trata de un mecanismo jurídico al que no pueden acceder las microempresas [algo que denomina el legislador como «emprendedor menor» y que cuantifica en el art. 2.1 d) CCII]<sup>17</sup>, se aplica a empresarios *lato sensu* (y, por tanto, «aún no comerciales») y tiene por objeto buscar la manera de alcanzar, a través de la presentación de un plan económico-financiero, el consentimiento mayoritario de, por regla, un sesenta por ciento de dichos créditos, si no un setenta y cinco por ciento de los mismos. Y un acuerdo que, además, el legislador concursal subclasifica en tres tipos distintos, todos ellos homologados judicialmente: el acuerdo de reestructuración que podríamos llamar *ordinario* (57 y ss. CCII), para el que se precisa ese sesenta por ciento del pasivo del deudor. El acuerdo de reestructuración *simple* (art. 60 CCII)<sup>18</sup>, esto es, una versión simplificada del anterior, pues aquí solo es preciso el consentimiento del treinta por ciento del pasivo del deudor, en tanto en cuanto el deudor no proponga ningún tipo de moratoria para el pago de créditos ajenos (extraños) al acuerdo, ni haya requerido (y renuncie a requerir) medidas protectoras temporales del plan, en evitación de eventuales

jurídico, eso sí, si entendemos lógico interpretar a *sensu contrario* lo establecido en el art. 615 TRLC. Y es que, en sentido inverso a lo dicho en este precepto, la norma jurídica española podría estar incluyendo en su articulado una referencia a planes de reestructuración, sin extensión de efectos a créditos afectados y disconformes con el mismo (ni protección de ello derivada), pero a los que sí aplicar los títulos I y II del libro segundo (presupuesto y comunicación de negociaciones, respectivamente).

- 17 Según el mismo, un *emprendedor menor* es aquel que cuenta con: «1) un activo patrimonial total anual no superior a trescientos mil euros en los tres ejercicios anteriores a la de la fecha de presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de liquidación judicial o desde el inicio de su actividad, si es de duración inferior; 2) ingresos, en cualquier forma que sean, por un importe total anual no superior a doscientos mil euros, en los tres ejercicios anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de apertura de la liquidación judicial o desde el inicio de su actividad, si es de duración inferior; 3) así como un número de deudas no vencidas nunca superior a los quinientos mil euros». Si bien, todos estos parámetros pueden ser actualizados por el Ministerio de Justicia cada tres años.
- 18 Por otro lado, cuestionado por Nigro, A. y Vattermoli, D., en *Diritto...*, cit., pág. 474, por la falta de certidumbre que supone su regulación.



acciones de los acreedores que puedan perjudicar el buen éxito de la negociación planteada<sup>19</sup>. Y el acuerdo de reestructuración *extendido* o con extensión de efectos (arts. 61 y ss. CCII) que, en contraposición a lo establecido en los artículos 1372 y 1411 del Código civil (CC), viene a extender los efectos del acuerdo alcanzado a créditos no aceptantes del plan que pertenezcan a una misma categoría (o clase)<sup>20</sup>, en tanto en cuanto resulte refrendado, como mínimo, por el setenta y cinco por ciento del pasivo del deudor de cada categoría. Es lo que se conoce, atendiendo a terminología norteamericana, como (*intra-class*) *cram-down* o arrastre de créditos no aceptantes de un acuerdo de reestructuración, dentro de una misma categoría de créditos, sí aceptante del mismo; y a diferencia del *cross-class cram-down*, o arrastre de clases de créditos no aceptantes de un acuerdo tal (sin embargo, en este mecanismo concreto de reestructuración no incluido)<sup>21</sup>.

- (iii) Un *plan de reestructuración sujeto a homologación*, o mecanismo de reestructuración con extensión de efectos a terceros no aceptantes al que se le dedican de manera específica los artículos 64 *bis* y siguientes del Código de crisis e insolvencia; y que, como el de reestructuración preventiva europeo *infra* indicado, resulta ser: un plan propuesto de manera unilateral por un deudor empresario *stricto sensu*<sup>22</sup> (excluyéndose

19 Medidas protectoras (*misure protettive*) que, entendemos, habría que distinguir de las medidas cautelares (*misure cautelari*) que pueda aplicar el tribunal competente para la tutela del patrimonio del deudor, si atendemos a la previsión dispar establecida al respecto en el art. 2.1 p) y q) CCII, por el legislador italiano.

20 Adviértase que el legislador, cuando habla del concordato preventivo, en vez de hablar de «categorías» se refiere a «clases» de acreedores; y viceversa, con respecto a los acuerdos de reestructuración. Si bien, se entienden conceptos afines (el primero, incluso, con un alcance más genérico) en tanto en cuanto habrían de ponerse en conexión con la «posición jurídica e intereses económicos» que, por homogéneos, les permite a esos acreedores conformar una clase o categoría determinada (así, Nigro, A. y Vattermoli, D., *en Diritto...*, cit., pág. 483; o Verna, G., "Accesso alle procedure ed in particolare agli accordi di ristrutturazione", en AA.VV., *Crisi di impresa e insolvenza. Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Studio Verna Società Professionale, 2019, pág. 74). Por su parte, Panzani, L., "Il preventive restructuring framework nella direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze", en *Crisi d'Impresa e Insolvenza, Rivista trimestrale di diritto delle procedure di risanamento dell'impresa e del fallimento*, 14 de octubre de 2019, versión digital: págs. 1-40, págs. 27-28, deja claro (al menos, es su opinión con respecto al concordato preventivo) que la normativa jurídico-interna no se aleja de la definición recogida en la Directiva comunitaria, en su art. 8 y en conexión con su Considerando 44. Y se entiende por tal, el conjunto de créditos que cuenta con una posición jurídica e intereses económicos homogéneos. Asimismo, *vid.* arts. 2.1 r) y 61.1 CCII.

21 Por lo demás, un acuerdo aquel que nos recuerda al actualmente derogado acuerdo de refinanciación español.

22 A diferencia de la mención genérica recogida para el acuerdo de reestructuración de deuda, al que puede acceder cualquier tipo de empresario, «comercial o no», aun sin

de su aplicación, eso sí, a las microempresas) para su subsiguiente aceptación mayoritaria por parte de los acreedores<sup>23</sup>. Y para el que solo se prevé un efecto extensivo con respecto a acreedores disidentes de cada clase o arrastre horizontal (*intra-class cram-down*); aun cuando, y solo a primera vista, nos hiciera pensar en la posibilidad de una eficacia extensiva entre clases de créditos afectados o arrastre vertical (*extra-class cram-down*), lo que habría venido a significar el posibilitar una homologación judicial de un plan de reestructuración, por parte del tribunal competente, aun a falta de un consentimiento mayoritario de todas y cada una de esas clases de créditos afectadas. Ya veremos que, finalmente, esto no ha sido así<sup>24</sup>.

- (iv) Por no hablar de los *procedimientos de composición de la crisis por sobreendeudamiento* y, en concreto, del *concordato menor*, sujeto a homologación judicial y aplicable a las microempresas *ex arts. 74 y ss. CCII*<sup>25</sup>.

Pues bien, y ante un abanico tan amplio de posibilidades regulatorias, limitaremos nuestro estudio al acuerdo de reestructuración de deuda y al novedoso plan de reestructuración sujeto a homologación, por su conexión con nuestro plan de reestructuración, actualmente vigente.

## 2.2. ACUERDOS VS. PLANES DE REESTRUCTURACIÓN: HOMOLOGADOS JUDICIALMENTE Y CON EFICACIA EXTENSIVA

### 2.2.1. Introducción

La Directiva comunitaria sobre reestructuración e insolvencia de 2019 presenta, entre otras novedades, la necesidad de incluir dentro de nuestros ordenamientos jurídicos un tipo de negociaciones que deriven en un plan de reestructuración preventiva, con el objeto de evitar la insolvencia y garantizar la viabilidad de empresas en el tráfico [arts. 1.a) y 4.1].

contar con el emprendedor menor *supra* referenciado (art. 57.1 CCII), el legislador de la reforma ha optado por limitar esta figura jurídica (o al menos eso parece, si atendemos a la literalidad de la norma) al empresario «comercial» (art. 64 *bis.1* CCII).

- 23 Al respecto, recordemos las palabras de Nigro, A. y Vattermoli, D., *en Diritto... cit.*, pág. 465, sobre que un plan, aun cuando siempre presuponga la existencia de una serie de negociaciones entre las partes, solo puede provenir del deudor. Este, el único competente para proceder, de manera unilateral, a la presentación del mismo; y así, un «[p]lan o programa [...] privado de cualquier connotación de negociabilidad».
- 24 Estamos, pues, ante un instituto jurídico que habría que relacionar con el actual plan de reestructuración español.
- 25 En este caso, estamos ante un procedimiento específico que habría que poner en conexión con el novedoso procedimiento especial para microempresas español.

Y de ahí, la necesidad de tener que asegurar, a través suyo, que existe una perspectiva razonable de que servirá para evitar esa insolvencia y garantizar viabilidad de la empresa (también llamado *feasibility test* –art. 10.3–). Pero, además, que su aprobación se llevará a cabo atendiéndose a una previa clasificación de las partes afectadas por la reestructuración: en clases o categorías separadas<sup>26</sup> que reflejen una «comunidad de intereses suficiente basada en criterios comprobables, con arreglo a la normativa nacional» (art. 9.4). Aprobación que exige unas mayorías (en importe y/o número), dentro de todas y cada una de las clases (o categorías) afectadas; es lo que se ha venido a denominar *plan consensual*. Y circunstancia que, a su vez, provoca un efecto jurídico de indudable consideración, puesto que el contenido de aquel plan habrá de aplicarse tanto a créditos (y/o intereses)<sup>27</sup> aceptantes del mismo, como a no aceptantes, esto es, disidentes o no participantes dentro de cada clase (o regla de arrastre horizontal –*intra-class cram-down*– antes referenciado). Eso sí, se trata de un efecto jurídico compensado con una serie de medidas de protección de sus intereses, como pueda ser el *test de cuota de liquidación* (o *best-interest-creditors test*) u otros mecanismos, recogidos todos ellos en el artículo 10 de la Directiva.

Aunque la cosa no queda ahí. El artículo 11 de la Directiva va aún más allá en la regulación de este instituto jurídico preventivo, copiando parcialmente al sistema jurídico norteamericano<sup>28</sup>, al reconocer la posibilidad de una homologación judicial de un plan de reestructuración aun sin haberse alcanzado el consentimiento mayoritario de todas y cada una de las clases afectadas; admitiéndose como posible, pues, la existencia de planes de reestructuración preventiva con clases disidentes de créditos y/o intereses. Es lo que se denomina *plan no consensual*. En cuyo caso, su subsiguiente homologación se

26 Es fácil reconocer una identidad de razón entre los términos *supra* mencionados, «clases o categorías» si atendemos a lo estipulado en la propia norma jurídica comunitaria o, al menos, a lo recogido en cualquiera de sus versiones oficiales, en las que se utiliza de manera indistinta ambos términos (en la inglesa, se habla de «*classes*» y en la española, de «categorías»). Circunstancia que también acontece dentro del ordenamiento jurídico italiano. Asimismo, *vid.* nota 19.

27 Estamos hablando de intereses societarios y, por tanto, del socio como parte afectada por un plan de reestructuración y, entonces, igualmente sujeto a protección, en tanto en cuanto el legislador europeo prevé dicha posibilidad de inclusión. Si bien, es una opción que deja a elección de cada Estado miembro.

28 El legislador europeo no «corta y pega» la normativa estadounidense, sin más. La hace suya, pero dándole una impronta personal; piénsese, por ejemplo, en la inclusión de mecanismos no previstos en el Código concursal americano, como pueda ser la regla de prioridad relativa contemplada en el art. 11 de la Directiva. A este respecto, *vid.* Garnacho, L., «La pretendida armonización del derecho pre-concursal europeo y su evidente acercamiento al sistema concursal norteamericano», en AA.VV., *El Derecho Concursal y la transposición de la Directiva sobre Reestructuración Preventiva* (dir. Garnacho y Arias), Madrid, 2022, págs. 111-141.

traducirá en una extensión de efectos, no solo horizontal, sino vertical; esto es, con respecto a clases afectadas no aceptantes del plan (o *extra-class cram-down*). Pero siempre que, y como contrapartida, se ofrezca una adecuada tutela de los intereses de estas clases afectadas disidentes; o *test de justicia* (*fairness test*) que viene a incorporar, entre otras medidas protectoras: la necesidad de establecer unas reglas de prioridad relativa o absoluta [principio de equidad vertical –*relative or absolute priority rules*– ex art. 11.1 c) y 2] en la satisfacción de los créditos, la necesidad de una paridad de trato entre clases de créditos disidentes y cualquier otra de mismo rango [principio de equidad horizontal –*no unfair discrimination*–, ex art. 11.1 c) *ab initio*]; así como la exigencia de no producirse un perjuicio injustificado que suponga el que haya créditos que reciban más de lo que les corresponda (*no more than one hundred percent rule*).

En cualquiera de los casos y siendo una flexibilidad tal la que caracteriza a la Directiva comunitaria de 2019, en ella se admite también como posible el establecimiento de uno o varios procedimientos preventivos, en tanto en cuanto se contemple de alguna forma los requisitos *supra* mencionados (art. 4.5). Y es esta opción en cuanto a variedad de planes de reestructuración preventiva se refiere, como ya adelantáramos, la que elige el legislador italiano, entre otros, con su acuerdo de reestructuración de deuda y su plan de reestructuración sujeto a homologación.

### 2.2.2. Naturaleza jurídica

Una primera cuestión general a tener en consideración, con respecto a cualquiera de los tipos de *acuerdo de reestructuración de deuda* antedichos (ordinario, simple y con eficacia extensiva), es la de su condición de negocio jurídico o acuerdo alcanzado entre deudor y acreedores según las normas del derecho común. Un acuerdo aquel que, y además de distinguirlo del *plan de reestructuración sujeto a homologación*, el legislador italiano viene a diferenciar del *concordato preventivo* (arts. 84 y ss. CCII). La cuestión es hasta qué punto son institutos jurídicos dispares.

El acuerdo de reestructuración de deuda no deja de ser, como decimos, un acuerdo alcanzado entre deudor y acreedores según las normas del derecho común que lleva inserto un plan económico-financiero (habiendo sido este redactado según las indicaciones del art. 56 y cumpliendo los requisitos documentales del artículo 39.1 y 3 CCII) que habrá de garantizar el pago íntegro de créditos «ajenos» al mismo (*estranei*), esto es, de los acreedores que se hayan mantenido al margen del acuerdo: dentro de los ciento veinte días siguientes a la homologación del plan, con respecto a créditos ya vencidos en esa fecha o, de no serlo, dentro de los ciento veinte días siguientes al vencimiento ex artículo 57.3 del Código de crisis e insolvencia (entendemos, por no afectados). Un acuerdo que, y por la libertad de negociación que supone: permite pactar planes económico-financieros que supongan una satisfacción

total o parcial, una dilación o una renuncia incluso total del pago de lo debido<sup>29</sup> (con el matiz del art. 61.4 CCII para el acuerdo de reestructuración con eficacia extensiva). Y un acuerdo que puede, aun incluso, ser objeto de una eventual renegociación (y, por ende, modificación sustancial del plan que lleve anejo) antes y después de su homologación *ex* artículo 58 del Código de crisis e insolvencia<sup>30</sup>.

Ahora bien, y aun cuando son varias las ocasiones en las que a este acuerdo de reestructuración se le aplican medidas propias del concordato preventivo<sup>31</sup>, algo que les diferencia de manera clara es que: el legislador concursal italiano prevé para el acuerdo de reestructuración con eficacia extensiva a créditos no aceptantes de una misma categoría una satisfacción de las deudas del empresario deudor a través de la conservación de la empresa (directa o indirecta) *ex* artículo 61.2 b) del Código de crisis e insolvencia (al margen de la excepción planteada en el art. 61.5 CCII para con los acreedores financieros –bancos e intermediarios financieros–).

Y de ahí que, mientras hay quienes consideran que estamos ante figuras asimiladas, hasta el punto de ver en el acuerdo de reestructuración «una figura menor de concordato preventivo»; hay quien cree necesario establecer una línea divisoria entre uno y otro instituto jurídico<sup>32</sup>. Aunque sin olvidar que, y en tercer lugar, existe una postura doctrinal mayoritaria que explica el acuerdo de reestructuración como un procedimiento bifásico en el que: primero (o *fase extrajudicial*), el empresario en crisis y una parte de sus acreedores celebran un contrato plurilateral «sin comunión de fines» y donde impera la autonomía de la voluntad<sup>33</sup>. Y segundo (o *fase judicial* que completa a la primera), en la que el tribunal competente se encarga de revisar la subsistencia de los requisitos legalmente previstos, por otro lado regulada a través de

29 Destaca esta falta de paridad de trato (o *par conditio creditorum*) Verna, G., "Accesso...", *cit.*, pág. 61.

30 Una renegociación del acuerdo de reestructuración un tanto dispar, pues: mientras cuando ocurre antes de su homologación judicial, supone la existencia de un pacto nuevamente alcanzado entre las distintas partes en el conflicto; sin embargo, en el caso de producirse con posterioridad a dicha homologación, proviene solo del deudor y de manera unilateral, aun cuando deba ser nuevamente corroborado tácitamente (salvo oposición expresa) por los acreedores. Así, Bruno, G., *Contratto e Impresa*, 37–2, 2021, pág. 7.

31 Ejemplo de ello sería la previsión normativa que recoge, para ambos, una finalidad satisfactiva de los intereses de los acreedores de un deudor a través de la continuidad (directa o indirecta) de la empresa de la que este es titular [art. 84.2, en conexión con art. 61.2 b) CCII].

32 Niegan esa asimilación de institutos jurídicos, por ejemplo, Nigro, A. y Vattermoli, D., en *Diritto...*, *cit.*, pág. 470.

33 Más concretamente, Bruno, G., *Contratto e Impresa*, 37–2, 2021, págs. 2 y 3, habla de un contrato plurilateral en el que los acreedores son titulares de intereses y derechos autónomos, unos con respecto a otros.

previsiones que se aplican de igual manera al concordato preventivo. Y algo que supone una interconexión de disciplinas jurídicas (privada y pública) ante y post-homologación: antes de la misma, el acuerdo se regula a través de la normativa civil aplicable a los contratos, en general; y después de su homologación judicial, serán de aplicación disposiciones específicas del Código de crisis e insolvencia que establecen una disciplina diversa (y, por tanto, una desviación) al régimen contractual previsto en el Código civil<sup>34</sup>. Ejemplo de ello es la excepción del principio de relatividad de los contratos, plausible en el acuerdo de reestructuración con extensión de efectos y recogida en el artículo 61 del Código de crisis e insolvencia, en el que se produce una vinculación forzosa de créditos no aceptantes de un acuerdo; y efecto jurídico este que responde, ya no al contrato plurilateral alcanzado entre deudor y mayoría de acreedores<sup>35</sup>, sino a una operación más compleja que precisa de una determinada publicidad y de la intervención del tribunal competente, como es el acuerdo de reestructuración regulado en dicho precepto. De ahí que se preste a ser calificado «dentro de las categorías tradicionales de la teoría general del contrato», aun cuando se caracterice «por una conformación particular de la capacidad de obrar del empresario y por la competencia de fuentes heterónomas en la determinación del contenido del acto»<sup>36</sup>.

Cuestión aparte es si nos encontramos ante un procedimiento concursal (y, por ende, jurisdiccional). Algo rebatido por parte de la doctrina, por entender: primero, que el deudor mantiene plenos poderes de gestión y dirección de su empresa, asumiendo toda responsabilidad (civil o penal) de ello derivado; al mismo tiempo que se articula la fase procedimental de este tipo de acuerdos sin que haya ningún acto impulsado por parte de un organismo público (judicial o administrativo), sino interviniendo aquí el tribunal a los solos efectos de verificar la subsistencia de los requisitos de homologación, que no los requisitos del propio acuerdo<sup>37</sup>. Eso sí, tampoco hay unanimidad doctrinal a este respecto<sup>38</sup>; a lo que se une, además, la incertidumbre de genera el hecho de que se ha venido a eliminar, en la versión definitiva del texto legislativo concursal italiano, el título de «[i]nstrumentos negociales

34 Bruno, G., *Contratto e Impresa*, 37-2, 2021, págs. 2 y 7.

35 Bruno, G., *Contratto e Impresa*, 37-2, 2021, pág. 4, habla de «mayoría de categorías de acreedores».

36 Bruno, G., *Contratto e Impresa*, 37-2, 2021, págs. 1, 4, 8 y 9.

37 Nigro, A. y Vattermoli, D., en *Diritto...*, cit., págs. 470-471, aun conscientes (eso sí) de que la postura mayoritaria defiende la posición contraria, niegan que el acuerdo de reestructuración pueda calificarse como un procedimiento concursal; y postura que también defiende Bruno, G., *Contratto e Impresa*, 37-2, 2021.

38 En palabras de Bruno, G., *Contratto e Impresa*, 37-2, 2021, pág. 3, estamos ante un «acto de autonomía negocial que, siendo rígidamente procedimentalizado, no pierde su esencia privatística».

extrajudiciales» con el que se catalogaban todos los acuerdos de reestructuración de deuda antedichos.

En cuanto al nuevo plan de reestructuración sujeto a homologación regulado en los artículos 64 *bis* y siguientes del Código de crisis e insolvencia, lo cierto es que esta figura se ha incorporado a la última reforma concursal como un instituto jurídico distinto a los acuerdos de reestructuración. Diversidad de trato un tanto destacable, además, porque: aun cuando aquí estemos ante un «plan», unilateralmente planteado por el deudor (que no de un «acuerdo» negociado entre las partes) y con un contenido plural (tanto liquidativo como conservativo de empresas, si atendemos a lo dicho en el art. 84.8 CCII)<sup>39</sup>, lo cierto es que seguimos hablando del mismo como un mecanismo de reestructuración que también lleva consigo una extensión de efectos a terceros acreedores no aceptantes del plan dentro de cada una de las clases de créditos afectadas por el plan (o *intra-class cram-down*), así como otras tantas similitudes, con respecto al acuerdo de reestructuración. Quizás, por ello, podríamos entender este instituto jurídico como el punto intermedio entre un negocio jurídico de reestructuración de deuda y un concordato preventivo, con el que además dicho plan de reestructuración comparte regulación jurídica<sup>40</sup>.

### 2.2.3. Tramitación

Ahora bien, para que un acuerdo de reestructuración de deuda (y en él inserto, un plan económico-financiero) tenga una eficacia extensiva, esto es, vincule a créditos no aceptantes dentro de una misma categoría, son muy diversos los requisitos y trámites procesales que tienen que cumplirse. En su mayoría, compartidos con el acuerdo ordinario de reestructuración (y *supra* mencionados); aunque otros tantos, específicos de este tipo concreto de renegociación de deuda, atendiendo al hecho de que incorpora (a diferencia del primero) un juicio de homologación judicial que sí provocará en este caso una extensión de efectos a créditos disidentes<sup>41</sup>.

39 Un plan, por lo demás, muy cercano al instituto jurídico del concordato preventivo, si atendemos a la amplia remisión que se hace con respecto a preceptos que tienen que ver con este último (al respecto, *vid.* art. 64 *bis* 8 CCII).

40 Para hacernos una idea, son de aplicación al plan de reestructuración preceptos del concordato preventivo, tales como: los arts. 84. 8, 87.1 y 2, 89, 90, 91, 92, 93, 94 *bis*, 95, 96, 97, 98, 99, 101 o 102 CCII, además de las previsiones de las secciones IV y VI, capítulo III, título IV del mismo (salvo arts. 112 y 114).

41 Una homologación judicial regulada no solo para los acuerdos de reestructuración, sino también para el plan de reestructuración o el concordato preventivo en el art. 48 CCII; pues, no lo olvidemos, se busca unificar la tramitación de los distintos institutos jurídicos a través de un único modelo procesal. Y algo cuestionado por Verna, G., "Accesso...", *cit.*, pág. 50.

A grandes rasgos, y como para cualquiera de los instrumentos de regulación de la crisis mencionados, el primer paso a dar ante un tribunal es la presentación de una solicitud de acceso a un instrumento de regulación de la crisis o insolvencia *ex artículo 40 del Código de crisis e insolvencia* y aquí, en concreto, a un acuerdo de reestructuración de deuda (si no –y directamente– una demanda de acceso al juicio de homologación del mismo)<sup>42</sup>, atendándose a las indicaciones del artículo 39 del Código de crisis e insolvencia, en cuanto a documentación se refiere<sup>43</sup>. Al hilo de dicha solicitud, además, el deudor puede siempre pedir una posposición en el tiempo (o plazo de treinta a sesenta días prorrogables otros sesenta) para la entrega de la propia propuesta y documentación aneja. Una demanda «incompleta», «en blanco» o «con reserva» regulada en el artículo 44 del Código de crisis e insolvencia que hace, así, más accesible este tipo de institutos jurídicos. Aunque sin olvidar tampoco que, y para el o los acuerdos de reestructuración de deuda, el deudor en cuestión en muchas ocasiones ya habrá venido tanteando a sus acreedores con anterioridad, con una batería de ofertas de reestructuración de deudas y documentación al respecto que le permita asegurarse aquel o aquellos<sup>44</sup>. Y hablamos de uno o varios acuerdos porque, tal y como se expresa el legislador italiano a lo largo del texto legislativo [ejemplos de ello son las previsiones del art. 61.2 c) o 61.5 CCII], una pluralidad de aquellos también parece perfectamente posible, al entenderse factible la subsistencia de una diversidad de acuerdos insertos en un único contrato o mecanismo contractual, conocido y compartido por todos los acreedores incluidos en la negociación<sup>45</sup>; lo que tampoco impide el que solo se ofrezca un único acuerdo a alcanzar y homologar<sup>46</sup>.

42 Así, Nigro, A. y Vattermoli, D., *en Diritto...*, *cit.*, pág. 475.

43 *Vid.* la diferente remisión que se hace a este precepto, en cuanto a apartados se refiere, en los arts. 57.2 y 64 bis.2 CCII, para con el acuerdo (en cuyo caso serán de aplicación los apartados 1 y 3 del art. 39) y frente al plan de reestructuración (que nos remite a los apartados 1 y 2 del susodicho art. 39).

44 Por lo demás, y al margen de que puedan solicitarse al tribunal competente la adopción de medidas cautelares o protectoras durante su tramitación (art. 54 CCII), un acuerdo de reestructuración se puede renegociar, modificando de manera sustancial el plan económico-financiero que incluya, antes o incluso después de su homologación judicial (art. 58 CCII).

45 Según la corriente doctrinal mayoritaria, estaríamos ante un *sistema contrattuale o pattuizione unitaria*. Así, Verna, G. "Accesso...", *cit.*, págs. 60 y 64.

46 A este respecto, y haciendo hincapié en la eventualidad de que exista una categoría específica de créditos que reúna a intermediarios financieros, Nigro, A. y Vattermoli, D., *en Diritto...*, *cit.*, pág. 485, reconocen la posibilidad de que, y aun llevándose a cabo un único «complejo» de acuerdos de reestructuración, puedan coexistir acuerdos de reestructuración con una eficacia extensiva «genérica» y acuerdos con efectos extensivos a intermediarios financieros.



Por su parte, la especialidad con la que cuenta el plan de reestructuración italiano (cuya solicitud de acceso, prórroga de presentación y documentación se tramitan de la misma manera que con respecto al acuerdo de reestructuración) es que: y además de provenir del propio deudor (o unilateralidad en su redacción), hace precisa una clasificación de los créditos que aquel tenga en su contra, según la «posición jurídica e intereses económicos homogéneos» de sus titulares (y sujeta, además, a control judicial *ex arts. 64 bis y ss. CCII*) en clases separadas, para asegurar así una votación del plan propuesto de manera igualmente separada. Se da, pues y a través de esa votación por clases, un paso más en la configuración de un mecanismo de reestructuración siguiendo las pautas del legislador comunitario<sup>47</sup>.

En fin, ambos institutos jurídicos ponen como punto final a esa tramitación su homologación judicial (aún sujeta a oposición –arts. 48. 1 a 4 CCII– o recurso –arts. 51 a 53 CCII–), previa aprobación a través de una mayoría reforzada de créditos. Algo que va a permitir una extensión de sus efectos a los acreedores disidentes de una misma categoría o clase (o *intra-class cram-down*), no siendo su justificación otra que la necesidad de proceder al saneamiento de empresas en crisis, siempre que exista una efectiva homogeneidad entre «las partes del contrato y los terceros ajenos» al mismo<sup>48</sup>. Y homogeneidad que ya se reconocía en el artículo 182-*septies* de la *Legge Fallimentare*, en conexión con la idea de «posición jurídica e intereses económicos» comunes: una posición jurídica, lo primero, que no es otra cosa que la naturaleza y fuente jurídica del crédito (entendemos, en su condición de crédito ordinario, privilegio o subordinado); y unos intereses comunes, los segundos, que hay que valorar no solo desde una perspectiva cuantitativa, sino también sobre la capacidad económica del acreedor<sup>49</sup>. Eso sí y como contrapartida a ello, el legislador concursal entiende lógicamente oportuna la inclusión de una serie de medidas de protección de los intereses de los acreedores, que pasamos a comentar.

#### 2.2.4. Medidas de protección en favor de créditos disidentes

##### a) *Mayorías*

Como punto de partida y para que salga adelante un acuerdo de reestructuración de deuda ordinario es preciso el consentimiento mayoritario de ese

47 Por lo demás, y a diferencia de lo que ocurre con el acuerdo de reestructuración con eficacia extensiva (aun cuando puede solicitarse la adopción de medidas cautelares o protectoras durante su tramitación –art. 54 CCII–), estemos ante un plan que no parece poder renegociarse, sino solo transformarse en una propuesta de concordato preventivo (art. 64 *quater* CCII).

48 Verna, G., "Accesso...", *cit.*, pág. 74.

49 Verna, G., "Accesso...", *cit.*, pág. 75.

sesenta por ciento del pasivo total del deudor (mayoría en número –que no en cabezas–, lo que significa que un único acreedor con ese porcentaje de crédito frente al deudor podría sacar adelante un acuerdo de este tipo<sup>50</sup>). Si bien y para que, además, sea aquel un acuerdo con eficacia extensiva a acreedores no aceptantes del mismo, la mayoría a alcanzar es del setenta y cinco por ciento de los créditos, cuantificados con respecto al total del pasivo del deudor (art. 61.2 CCII).

Por su parte, las mayorías reforzadas (así como efectos extensivos) que se piden para el plan de reestructuración suponen: una aprobación del plan por una mayoría de los créditos con derecho de voto, dentro de cada clase o, en su defecto, el voto favorable de dos tercios de los créditos de los acreedores votantes, siempre que hayan votado los acreedores titulares de (al menos) la mitad del total de los créditos de una misma clase»; especificándose ya aquí, de manera expresa y a diferencia de lo dicho para el acuerdo de reestructuración de deuda con eficacia extensiva, la necesidad de alcanzar esa mayoría dentro de cada una de las clases de créditos afectados (art. 64 *bis* CCII)<sup>51</sup>.

En definitiva, estamos ante una excepción al principio general de relatividad contractual, tal y como recoge de manera expresa el legislador concursal para el acuerdo de reestructuración con eficacia extensiva, según el cual los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan (salvo previsión legal distinta –art. 1372 CC–), no pudiendo surtir efecto una estipulación a favor de un tercero, en tanto en cuanto este no acepte dicha circunstancia (art. 1411 CC)<sup>52</sup>.

### *b) Otras medidas protectoras*

Eso sí, no es solo ese (el mecanismo de mayorías reforzadas establecido en los arts. 61.2 y 64 *bis* CCII como específico de un acuerdo o plan de reestructuración con eficacia extensiva) el único requisito legal que el tribunal competente debe tener en consideración antes de proceder a su confirmación

50 Según Verna, G., "Accesso...", *cit.*, pág. 61.

51 Dejamos a un lado las especialidades que presentan los créditos públicos (tributarios y de la Seguridad Social), para los que se prevé el mecanismo de la transacción *ex art.* 63 CCII, así como la posibilidad excepcional de una homologación judicial de cualquier tipo de acuerdo de reestructuración aún sin el consentimiento de aquellos, en los términos previstos en su apartado 2 *bis*.

52 Sin olvidar que, y tras la promulgación del CCII, esta regla inicialmente pensada solo para las entidades financieras en el art. 182-*septies*, co. 1-4 y 7-8 LF, se entiende generalizada para cualquier tipo de crédito. Y es que, el D.L. núm. 83/2015 introdujo en la LF un tipo de acuerdos de reestructuración con intermediarios financieros que permitía extender su eficacia a sujetos no aceptantes, frente a la generalización recogida por el CCII, disciplinados en su art. 61 (así nos lo recuerdan Nigro, A. y Vattermoli, D., *en Diritto...*, *cit.*, págs. 482-483, al mismo tiempo que cuestionan en pág. 486).

judicial. Al fin y al cabo, no olvidemos que a un acreedor afectado y disidente de un acuerdo o plan de reestructuración se le va a imponer el contenido de cualquiera de ellos, aun no habiendo mediado consentimiento por su parte. En contrapartida a esta imposición *ex lege*, se establecen por el legislador concursal otras tantas medidas de protección de sus intereses.

Una medida que comparten todos los institutos jurídicos aquí analizados es la regla de cuota de liquidación (o *best-interest-of-creditors test*). Así se establece en los artículos 61.2 d) y 64 *bis*.8 del Código de crisis e insolvencia; entendiéndose por tal la necesidad de garantizar al acreedor disidente (dentro de una misma clase de créditos) que podrá ver su crédito satisfecho de manera no inferior a la cuantía que habría de haber recibido, de haberse procedido a una liquidación concursal de la empresa afectada<sup>53</sup>.

Asimismo, para con el acuerdo de reestructuración con eficacia extensiva y a favor de los acreedores pertenecientes a una misma categoría de créditos, también se remarca el deber de ser informados sobre el inicio de las negociaciones, y el de recibir una información actualizada sobre la situación patrimonial, económico-financiera del deudor que les permita actuar en consecuencia y de buena fe, al igual que del acuerdo y efectos [art. 61.2 a) CCII]; este, un principio de paridad de trato en la información y negociaciones que le supone al deudor, por su tono especialmente negocial, la celebración de reuniones con el debido preaviso y ofreciendo la posibilidad de asistencia a las mismas de manera telemática<sup>54</sup>. Pero, es más, se hace hincapié en la necesidad de notificar la solicitud de homologación (y documentos anejos) y del acuerdo alcanzado a acreedores a los que habrán de extenderse los efectos del mismo [art. 61.2 e) CCII]. Aunque sin olvidar tampoco que: no se les podrá exigir una «ampliación de su exposición crediticia con respecto al emprendedor en crisis»<sup>55</sup>. O, incluso, la necesaria previsión de

53 Hablamos de una «posibilidad», según Verna, G., "Accesso...", *cit.*, pág.78, que resulta más cercana a la «probabilidad» que a la «eventualidad» de que ocurra dicha circunstancia. Y *best-interest-of-creditors test* que, en lo que se refiere a su delimitación, se diferencia de la previsión alemana recogida en su reciente Ley sobre reestructuraciones (o *StaRUG -Gesetz über den Sanierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen-*), que se guía de lo establecido en la Directiva comunitaria de 2019 sobre que la «prueba del interés superior de los acreedores» es «una prueba que se supera si se demuestra que ningún acreedor disidente se vería perjudicado por un plan de reestructuración en comparación con la situación de dicho acreedor si se aplicase el orden normal de prelación en la liquidación según la normativa nacional, tanto en el caso de liquidación de la empresa, ya sea mediante liquidación por partes o venta de la empresa como empresa en funcionamiento, como en el caso de la mejor solución alternativa si no se hubiese confirmado el plan de reestructuración».

54 Verna, G., "Accesso...", *cit.*, pág. 77.

55 Así, Nigro, A. y Vattermoli, D., *en Diritto...*, *cit.*, pág. 484. Por lo demás, el texto legislativo nos dice expresamente, en su artículo 61.4, que no es posible obligarles al «cumplimiento de nuevas prestaciones, la concesión de líneas de crédito, el mantenimiento

un contenido de un acuerdo con un alcance conservativo de empresas, que no liquidativo *ex* artículo 61.2 b) del Código de crisis e insolvencia, por lo que será precisa una continuidad empresarial en vía directa o indirecta, según lo establecido en el artículo 84.2 del Código de crisis e insolvencia<sup>56</sup>. Y se entiende por continuidad directa, la que lleva a cabo el propio deudor; como indirecta, la que prevé su traspaso por cesión, usufructo, transmisión a una o varias sociedades (incluso de nueva constitución), arrendamiento a un sujeto distinto del deudor o por cualquier otro título; procurándose con ello, y en ambos casos, el restablecimiento del equilibrio económico y financiero de la empresa en interés de los acreedores, pero con el mantenimiento (dentro de lo posible) de puestos de trabajo (art. 84.2 CCII). Eso sí, a salvo queda lo estipulado en el artículo 61.5 del Código de crisis e insolvencia para los acreedores financieros (bancos e intermediarios financieros), pues no resultando ser este pasivo inferior a la mitad del pasivo total del deudor, además de que podrán conformarse una o más categorías de dichos créditos atendiéndose a una posición jurídica e intereses económicos homogéneos, ese porcentaje le permite al deudor solicitar una extensión de efectos a acreedores no aceptantes dentro de cada categoría aun sin cumplirse aquel requisito «conservativo» de empresas.

Por otra parte, y con respecto al plan de reestructuración sujeto a homologación, se prevé de manera específica la necesidad de que el tribunal competente lleve a cabo un control de legalidad del plan, así como de oportunidad o correctitud (*correttezza*) de los criterios utilizados para la formación de clases [art. 64 *bis* 4 a) CCII]. Pero nada se dice de un test de justicia, sí incluido en el artículo 11 de la Directiva europea. Si bien, no deja de ser algo que tiene su lógica, pues, si procedemos a leer con detenimiento el precepto que viene a regular la «falta de aprobación de todas las clases» de créditos (*mancata approvazione di tutte le classi*) *ex* artículo 64 *ter* del Código de crisis e insolvencia<sup>57</sup>, vemos que es un precepto que no hace referencia alguna a una posible homologación judicial de un plan sin que exista un consentimiento de todas y cada una de las clases de acreedores afectados, sino (y paradójicamente) a la eventual rectificación de un error cometido en el momento del recuento de votos. Así, el deudor podrá solicitar la homologación judicial de un plan

de una posibilidad de financiación preexistente o el desembolso de nuevos préstamos»; no considerándose una nueva prestación la continuación de la concesión del uso de bienes sujetos a contratos de arrendamiento financiero ya estipulados (art. 61.4 *in fine* CCII).

56 Destacable es, no obstante, la versión originaria del texto legislativo que añadía que dichos créditos habrían de verse satisfechos de manera «significativa o prevalente» con los beneficios que la empresa generara.

57 Un tanto caprichoso resulta, no obstante, el modo de titular dicho art. 64 *ter* del Código, pues esa «falta de aprobación por todas las clases» bien podría conducirnos a error si no procedemos a una lectura detenida del mismo. Y es que, de primeras, hace pensar en la posibilidad de un arrastre vertical de clases que, en este caso, no se da.

de reestructuración si consigue demostrar que aquel ha obtenido la aprobación de todas las clases de créditos afectadas, a pesar de lo establecido en la relación de los votos (a favor y en contra) que, *ex art.* 110 CCII, se haya depositado en la secretaría del tribunal, tras la votación del plan.

### 2.2.5. Eficacia extensiva entre clases de créditos

Y no deja de ser una desviación considerable la del acuerdo y plan de reestructuración italiano, con respecto a la previsión de la susodicha Directiva en materia de reestructuración preventiva<sup>58</sup>, o falta de transposición en cuanto a un arrastre vertical del contenido de un plan de reestructuración preventiva a clases de créditos disidentes se refiere, que podría llegar a cuestionarse si no fuera porque lo que ha hecho el legislador italiano es preverlo en el artículo 112.2 b) y c) del Código de crisis e insolvencia, para un instituto jurídico distinto a los anteriores: el *concordato preventivo*. De hecho, y siguiendo las indicaciones de la Directiva comunitaria, el concordato preventivo sí reconoce (entre otras medidas protectoras a cambio de esa extensión de efectos) la aplicabilidad de un test de justicia, sustentándose además el mismo en una regla de prioridad relativa<sup>59</sup>.

En definitiva, se salva el escollo de una falta de previsión de un arrastre vertical dentro de los acuerdos y planes de reestructuración anteriormente analizados con la regulación de una extensión de efectos entre clases de créditos dentro del concordato preventivo, que hay quien además aplaude puesto que ha venido a solventar, también, una falta de concreción de la norma jurídica (criticada por la doctrina) con anterioridad a la reforma de junio de 2022. Y es que, en la que fuera la redacción originaria del artículo 85 del Código de crisis e insolvencia<sup>60</sup>, se nos decía cómo proceder a la

58 Panzani, L., "Il preventive...", *cit.*, pág. 32, hace hincapié en la falta de consideración de un arrastre vertical en los acuerdos de reestructuración con eficacia extensiva, sí contemplada en la Directiva.

59 Precepto este excluido, de manera expresa, de la lista de preceptos aplicables al plan de reestructuración, por remisión al concordato preventivo (*vid.* art. 64 *bis*.9 CCII). Si bien, establece para este último una serie de mecanismos de protección: la regla de equidad horizontal (puesto que un acreedor disidente deberá recibir un tratamiento parejo al que reciba cualquier otro acreedor de una clase de igual rango); de equidad vertical (o, más exactamente, de prioridad relativa en la satisfacción de créditos, pues esta habrá de ser más favorable que la de una clase de rango inferior); y la prohibición de un enriquecimiento injusto (por impedirse un cobro superior al importe del valor de los créditos).

60 En el art. 85 CCII, según redacción inicial, solo se preveía: la posibilidad de distribuir los créditos del deudor en distintas clases [aptdo. 3 c)]. Así como la necesidad de un tratamiento acorde a cada clase de créditos [aptdo. 3 d)]; previéndose para ello que el plan establecido no alterase el orden legal de prelación entre clases (aptdo. 6); y debiendo satisfacer los créditos privilegiados, dotados de prenda o hipoteca, si no en

distribución del patrimonio del deudor entre los acreedores insatisfechos, sin matizar cuál había de ser la regla preponderante a utilizar: (i) si la imposición al deudor de la regla de íntegra satisfacción de los créditos de rango superior, antes de proceder a la satisfacción de cualquier crédito de rango crediticio inferior (o regla de prioridad absoluta), «salvo que [para estos] se utilicen recursos financieros que no provengan de los activos objeto del concurso y que constituyan aportes "neutros" de terceros no vinculados»<sup>61</sup>. (ii) O, diversamente, admitiéndose la posibilidad de un pago de acreedores con rango inferior y en ausencia de un pago íntegro de créditos de rango superior, en tanto en cuanto se garantizase un trato más favorable a este con respecto a aquel (o regla de prioridad relativa). Hoy ya, y previsiblemente con buen criterio<sup>62</sup>, como decimos, el legislador de la reforma se ha decantado por una más flexible regla de prioridad, de las dos admitidas como posibles en el artículo 11 de la Directiva comunitaria. Así, será precisa una satisfacción de una clase disidente al menos «más favorable» y, por tanto, no necesariamente de manera íntegra, antes de proceder a la satisfacción de créditos de rango inferior (aun con las salvedades del artículo 84.7 del Código de crisis e insolvencia).

### III. REFLEXIONES FINALES: SOBRE UNA PRETENDIDA (PERO AÚN PENDIENTE) UNIFICACIÓN NORMATIVA

Una misma norma jurídica comunitaria que implantar, la Directiva (UE) 2019/1023, pero muy distintos ordenamientos jurídicos a los que transponerse dicha norma, como puedan ser el italiano o nuestro propio sistema jurídico pre/concursal. Resultado de ello es: una diversidad de institutos jurídicos a los que acudir, según donde se ubique una empresa que, aunque

su totalidad, nunca de manera inferior al valor de la garantía, de haberse procedido a la liquidación del bien o derecho sobre el que recayese aquella (según especificaba su aptdo. 7).

61 Se trata de una interpretación preponderante recogida, entre otras, en sentencias del Tribunal Supremo, núm. 9373, de 8 de junio de 2012 y núm. 34539, de 27 de diciembre de 2019.

62 A efectos de *lege ferenda*, D'Attorre, G., "La distribuzione del patrimonio del debitore tra absolute priority rule e relative priority rule", en *Fallimento*, 2020, 8-9, 1071, (versión digital, págs. 1-8), pág. 3, ya justificaba como preferible esta regla de prioridad relativa: uno, por razones de eficiencia. Pues no solo hacía posible la presentación de propuestas de concordato preventivo que permitiesen «mantener en escena» al deudor y a sus socios (en caso de ser una empresa societaria); sino que, y por su mayor flexibilidad en la concreción del contenido de la propuesta de concordato (evitándose que el patrimonio del deudor fuera totalmente absorbido por créditos de rango superior), se favorecía un mayor interés por parte de créditos de rango inferior, en pro de su consecución. Y dos, por razones de tipo técnico.

presumiblemente viable, intente solventar una situación de crisis o insolvencia a través de la reestructuración de su pasivo y/o activo.

Es cierto que las previsiones de la Recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, de 12 de marzo de 2014 (2014/135/UE), por no vinculantes, no fueron atendidas de manera voluntaria por los distintos países miembros; de ahí, la subsecuente promulgación de la Directiva 2019/1023, en busca de una mayor uniformidad en cuanto a reestructuración empresarial se refiere<sup>63</sup>. Ahora bien, el carácter general, amplio y abierto de la Directiva sigue sin procurar una unificación normativa plena, aunque sí un mayor acercamiento, entre los Estados miembros.

Queda aún camino por recorrer, pues. Pero eso no nos impide destacar, en este momento, la indudable mejora que se ha producido en nuestro sistema jurídico pre-concursal con la promulgación de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de Ley Concursal, si lo comparamos con otros ordenamientos jurídicos y, en este caso concreto, con el régimen italiano.

Porque cierto es que la situación de crisis económico-financiera de los últimos años no ha sido fácil de lidiar para ninguno de los países de nuestro entorno, como no lo ha sido para el ordenamiento español a partir de 2008, cuando además contaba con una norma jurídica promulgada en época de bonanza, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), que poco tenía que ver con la necesidad real de nuestro mercado en aquel momento. Una Ley Concursal que dejaba a un lado el derecho pre-concursal, por la mala experiencia vivida con anterioridad<sup>64</sup> y que resultaba especialmente rígida, con las muchas funciones que se le atribuían al juez en un *concurso de acreedores* que, eso sí, ofrecía la posibilidad de un convenio anticipado como medida suficiente para una rápida solución de la insolvencia (actual o inminente); aun cuando, con el tiempo, resultase indudablemente insuficiente e ineficiente. De ahí: primero, la necesidad fáctica de acceder a regulaciones jurídicas más flexibles, propias de otros ordenamientos jurídicos, provocándose así un elemento de *forum shopping* o atracción de la inversión<sup>65</sup> a países como el

63 Un análisis detallado de la evolución legislativa de esta norma jurídica se encuentra en Thery, A., "Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva de la Comisión europea de 22 de noviembre de 2016 (I)", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2017, núm. 27, págs. 513-548, págs. 516-518.

64 Como nos recuerda la Exposición de Motivos del TRLC en su apartado I, «la deformación de los procedimientos formalmente predispuestos para el tratamiento de situaciones de iliquidez, [...] habían terminado por superponerse a los procedimientos tradicionales para la solución de las auténticas insolvencias, militaba en contra de la distinción entre el derecho concursal y el preconcursal».

65 En palabras de Gómez Asensio, C., *Los acuerdos de reestructuración en la directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva*, Navarra, 2019, pág. 78, «práctica

Reino Unido, y a través de mecanismos como el *scheme of arrangement*<sup>66</sup>; pero, también, la indudable preocupación del legislador concursal por hacer que esto no ocurriese. Ahora bien, y aunque sí se fueron incorporando a la Ley Concursal mecanismos pre-concursales antes no regulados jurídicamente, en concreto, el *acuerdo de refinanciación* (a partir de 2009) y el *acuerdo extrajudicial de pagos* (desde 2013), las incesantes modificaciones de la norma concursal (en 2011, 2013, 2014 y 2015) tampoco parecían ayudar en demasía. Resultado de tanto trasiego normativo fue, y aun a sabiendas de su provisionalidad, la promulgación de un texto refundido de Ley Concursal (–TRLC– por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo), en tanto en cuanto se hacía del todo preciso «regularizar, aclarar y armonizar» la normativa preexistente (*vid.* Exposición de Motivos del TRLC, en su apartado II). Aunque, como decimos, nos encontramos ante un texto refundido con una vocación de temporalidad clara<sup>67</sup>, atendiendo al hecho de que la ya menciona Directiva comunitaria sobre reestructuración preventiva, de 2019, había de transponerse a cada uno de los Estados miembros en los años subsiguientes. Y circunstancia esta que ha tenido lugar, finalmente, tras la promulgación de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (*vid.* <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4859>).

Y es esta definitiva versión de texto refundido de Ley Concursal la que, (entendemos) mejorando el sistema jurídico italiano, ha venido a sustituir aquellos acuerdos de refinanciación y extrajudiciales de pagos, por un único *plan de reestructuración*: como vía preventiva de la insolvencia; o, diversamente,

oportunistamente de transmisión de bienes y derechos de un Estado a otro en busca de una jurisdicción más favorable»; y circunstancia esta que viene a criticar en *op. cit.*, pág. 164. Asimismo, *vid.* Aznar, E., *La homologación judicial de acuerdos de refinanciación en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal*, Valencia, 2017, pág. 75; Ehmke, D.C., Gant, J.L.L., Boon, C.-J., Langkjaer, L. y Ghio, E., "The European Union preventive restructuring framework: A hole in one?", en *International Insolvency Review*, 2019, vol. 28, núm. 2, <https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/access/item%3A2984314/view>, págs. 1-26, págs. 15, 21 y 25-26; o Pulgar, J., "Reestructuración de sociedades de capital y abuso de minorías", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num.129/2013 (versión digital, págs. 1-26), pág. 6; *ibidem*, "Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal (Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo)", en *Diario La Ley*, núm. 8271, Sección Doctrina, marzo 2014 (versión digital, págs. 1-31), pág. 12; o *ibidem*, "El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español", en *Estudios de Derecho Empresario*, <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/8812/9655>, págs. 180-189, pág. 181.

66 Tal y como evidencia la propia Exposición de Motivos del TRLC, en su apartado I. Por lo demás, *vid.* el análisis comparativo realizado en Garnacho, L., "Schemes of arrangement vs. acuerdos de refinanciación", en AA.VV., *Derecho concursal y preconcursal en sociedades mercantiles de capital* (dir. Gutiérrez), Madrid, 2018, págs. 145-178.

67 No olvidemos tampoco el derecho de emergencia, igualmente transitorio, provocado por la crisis generada por la Covid-19, que vino a trastocar nuestro sistema jurídico-concursal, como ocurriera en el ordenamiento jurídico italiano (*supra* mencionado).



como mecanismo paralelo al *concurso* de acreedores, de encontrarse un empresario ya en situación de insolvencia. Si bien, se incorpora como novedad, y de manera excluyente a los anteriores institutos jurídicos, un procedimiento especial para microempresas (según delimitación recogida por el legislador concursal en el art. 685 TRLC) que bien puede derivar en un *plan de continuación* o en un *plan de liquidación* (con o sin transmisión de la empresa en funcionamiento).

Y estamos ante una mejora legislativa que, además de una flexibilización de nuestra norma primigenia, supone para el empresario «de a pie»: no solo una simplificación y agilización del proceso de reestructuración de la empresa viable de la que sea titular, pero en un estadio financiero y/o económico conflictivo; sino su desjudicialización, al sujetarse su regulación jurídica a un principio de intervención judicial mínima (reconocido en la propia Directiva europea de 2019), a cambio de la incorporación de una pluralidad de mecanismos de protección de acreedores (o incluso socios del deudor, empresario persona jurídica).

Así pues, y al hilo de un estudio comparativo del sistema jurídico italiano con respecto al nuestro, hemos de resaltar:

Primero, la adecuada prudencia que ha tenido el legislador español de la reforma, al decidir promulgar en 2020 un texto refundido que ayudara a entender mejor nuestro derecho pre-concursal vigente desde 2009, aunque a la espera de una modificación definitiva del mismo, ante la necesidad de incorporar la norma jurídico-comunitaria a nuestro ámbito interno. Nada que ver con el desbarajuste normativo del Código de crisis de empresa e insolvencia publicado en 2019 y normativa subsiguiente.

Prudencia que, además y en segundo lugar, se acompaña de una mayor (y muy oportuna) simplificación legislativa en materia pre-concursal, si atendemos al hecho de que la pluralidad de institutos jurídicos existentes hasta ahora, el acuerdo de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos, se ha visto sustituida por una única figura jurídica: un *plan de reestructuración*, aplicable a empresarios o profesionales, personas naturales o jurídicas, en tanto no incluidos en el concepto de microempresa del artículo 685 del texto refundido de Ley Concursal y fuera de los supuestos recogidos en el artículo 583.2 y 3 del texto refundido de Ley Concursal<sup>68</sup>. Un único plan pre-concursal, pues, más afín al primero de aquellos (el acuerdo de refinanciación) aunque con las novedades que, por su parte, exigía la transposición de la Directiva comunitaria; y en contraposición a la opción (creemos) excesivamente plural y enrevesada, elegida por el legislador italiano de la reforma, de diversificar

68 Un único plan de reestructuración, que no «acuerdo», porque admite como posible (incluso) su imposición a socios del empresario deudor, persona jurídica; frente a un acuerdo de refinanciación más limitado, o un acuerdo extrajudicial de pagos que ha resultado ser un instituto poco utilizado desde su aparición, tal y como nos recuerda la Exposición de Motivos de la Ley de reforma concursal, apartado 1.

mecanismos preventivos<sup>69</sup>. Si bien, y como sucesor del susodicho acuerdo de refinanciación<sup>70</sup>, nuestro plan de reestructuración comparte con aquellos su naturaleza esencialmente negocial.

Pero no son menos importantes la agilidad y flexibilidad que se pretenden del uso del mismo, en pro de una conservación de empresas presuntamente viables en el tráfico, y frente a otros mecanismos igualmente conservativos, aunque judicializados, como pueda ser el convenio concursal. Ejemplo de lo primero es que el empresario deudor puede directamente solicitar la homologación de un plan de reestructuración (habiéndose adelantado en el tiempo, pues, su negociación) en el mismo momento en el que, de otra manera, habría de haber comunicado al juez competente la existencia de negociaciones con sus acreedores (art. 585 TRLC). Pero, además y pensando ya en esa mayor flexibilización del procedimiento, se incentiva una negociación extrajudicial de la situación empresarial conflictiva en la que pueda encontrarse un empresario (en tanto no titular de una microempresa), limitándose la intervención del juez del concurso a situaciones de necesidad y proporcionalidad, a cambio (eso sí) de la implantación de una serie de medidas protectoras de los intereses de los acreedores (y, en su caso, socios).

En efecto, y dejando atrás una tramitación centrada en un único tipo de créditos (los créditos financieros, que es lo que venía a caracterizar al acuerdo de refinanciación), estamos ante un plan elaborado por un empresario deudor, quien habrá conformado de manera previa una clasificación de los créditos que tenga en su contra de manera separada, atendiendo a un «interés común», controlada *ex post* por el juez competente (salvo solicitud de una anticipación de ese control judicial –arts. 625 y 626 TRLC–). Ahora bien, su aprobación mayoritaria, por parte de los acreedores, y subsiguiente homologación judicial va a poder significar, en su caso, una extensión de efectos entre créditos disidentes de una misma clase (*intra-class cram down*),

69 Quizás, y a primera vista, la única pega que le pondríamos a esta (muy adecuada) simplificación procedimental sería su aplicación a empresas, no solo en situación de «probabilidad de insolvencia» (*likelihood of insolvency*), sino aun estando en situación de insolvencia, inminente o actual. Situaciones estas últimas no contempladas por la Directiva comunitaria de manera expresa como presupuesto objetivo, aunque inclusión justificada en nuestra normativa jurídica por no prohibida, en la propia Directiva (vid. Exposición de Motivos del TRLC, apartado III). Y una ampliación del presupuesto objetivo de este tipo de mecanismos, de igual manera asumida por el legislador italiano en su Código concursal, que podríamos entender injustificada si atendemos al hecho de que nuestro concurso de acreedores (esto es, un procedimiento judicial universal) cuenta ya con una solución convenida para situaciones de insolvencia inminente o actual, el convenio concursal regulado en los arts. 315 y ss. TRLC y al que acceder como alternativa a la solución meramente liquidativa de empresas.

70 Al respecto, *vid.* Garnacho, L., “Reestructuración de deudas pre-concursal desde una perspectiva interna y comunitaria”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 53, 2021, págs. 47-88, apartado II (1).

pero también entre clases disidentes (*extra-class cram down*); y como excepción a lo establecido en el artículo 1257 de nuestro Código Civil. A cambio, se les ofrece una serie de mecanismos de protección a dichos acreedores (y, en su caso, socios) del empresario afectado por la situación; una batería de medidas (que entendemos) suficiente y en compensación a una menor seguridad jurídica, frente a la ofrecida por el concurso de acreedores (y, dentro del mismo, a través del convenio concursal); pero también a cambio de una mayor agilidad procedimental, frente a este último<sup>71</sup>.

En conexión con los institutos jurídicos italianos mencionados, podemos hablar de medidas tales como: el cumplimiento de unos requisitos de comunicación, contenido y forma; una aprobación por mayoría reforzada que aquí supone una aceptación de al menos los dos tercios del importe del pasivo correspondiente (si no de los tres cuartos, cuando estemos ante una clase de créditos dotados de garantía real)<sup>72</sup> *ex* artículos 629 y 630 del texto refundido; la exigencia de un tratamiento paritario entre créditos de una misma clase; o el test de cuota de liquidación del artículo 654.7.º (antes, indirectamente previsto para el acuerdo de refinanciación, en su –actualmente derogado– art. 619.3). Pero lo cierto es que, y a diferencia del plan de reestructuración italiano (que es con el que, aparentemente, más parecido habría –de los institutos jurídicos italianos analizados–) nuestro sistema jurídico sí incorpora ya un test de justicia para planes no consensuales en el artículo 655 del texto refundido de Ley Concursal<sup>73</sup>; como también prevén la Directiva comunitaria *ex* artículo 11 y, lógicamente (pero con respecto al concordato preventivo), el Código de crisis e insolvencia italiano en su art. 112.2 b) y c). Ahora bien, lo hace de una manera ciertamente más rigurosa que estos últimos. Y es que, habiendo clases disidentes de créditos, ninguna clase de rango inferior (*junior* con respecto a aquella disidente *senior*) podrá recibir patrimonio alguno del deudor, mientras aquella primera no vea satisfechos sus créditos de manera íntegra; otra cosa es que y de manera excepcional,

71 Por su parte, el art. 656 TRLC establece las medidas protectoras de los intereses de los socios de un deudor empresario, pues también a ellos puede venirles impuesto un plan de reestructuración *ex* art. 640 TRLC.

72 Para las especialidades que presentan este tipo de créditos, en un plan de reestructuración italiano, *vid.* art. 64 *bis*.7 CCII.

73 Según el mismo, se homologará un plan con la mera aprobación de:  
«1.º 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.º 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».

«cuando sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente», pueda acudirse a la regla de prioridad relativa que sí abre las puertas a una eventual distribución de patrimonio entre clases *junior*, aun sin haber satisfecho en su totalidad a clases *senior* disidentes.

En definitiva, nuestro legislador entiende preferible establecer para el plan de reestructuración, como regla, la necesidad de una satisfacción en cascada de los créditos, exigiéndose, por ende, una satisfacción total de una *clase senior* (disidente) antes de proceder a satisfacer los intereses de créditos de clases *junior*; dejando, pues, la regla de prioridad relativa para supuestos excepcionales. Y rigurosidad normativa a este respecto, para nuestro plan de reestructuración, que podría incluso sorprendernos en tanto en cuanto también contrasta con la novedosa regulación, incorporada a la Ley de reforma de septiembre de 2022, relativa a un plan de continuación inserto en un procedimiento especial para microempresas.

En efecto, si el salto dado por el legislador de la reforma ya de por sí resulta inusitado en materia de Derecho pre-concursal, el avance no se queda ahí. Se da incluso un vuelco al que habrá de ser nuestro próximo Derecho pre-concursal y concursal, al regular, junto a estas figuras jurídicas conocidas por todos (los actualizados concurso de acreedores y –hoy– plan de reestructuración), un nuevo instituto jurídico «excluyente»<sup>74</sup> de aquellos y «exclusivo» (*vid.* art. 685 TRLC) para un tipo de empresarios: el *procedimiento especial para microempresas* (recuérdese que el sistema italiano también excluía al emprendedor menor de los institutos jurídicos *supra* analizados, estableciendo para estos un mecanismo específico de concordato menor –arts. 57.1, 64 *bis.1* y 74 CCII–)<sup>75</sup>. Un procedimiento especial para microempresas, con una doble salida conservativa o liquidativa, y a través de un plan de continuación o de liquidación. Si bien, y a los efectos que ahora interesan, nos dice la Ley para el primero, el plan de continuación, que (y como mecanismo de protección de los intereses de clases de créditos disidentes) le será aplicable

74 O lo que es lo mismo, procedimiento especial «único», en tanto en cuanto las microempresas no tienen acceso: ni al concurso, ni a los planes de reestructuración (tal y como se recoge en la Exposición de Motivos del TRLC, apartado V).

75 Vemos en esto un cambio decisivo en nuestra normativa porque, piénsese, en nuestro país el 93,82 % de nuestro tejido empresarial son microempresas (*vid.* Exposición de Motivos del TRLC, apartado V). Esta vez, entendemos, el legislador concursal sí se ha hecho eco de la realidad económica de nuestro país y ha procedido a regular de manera específica un instituto jurídico concreto para un tipo de empresa preponderante en el mercado español: la microempresa. Esto supondrá (por lógica) un uso intensivo de este procedimiento especial, en detrimento del concurso y del plan de reestructuración. O lo que es lo mismo, dejaremos de preocuparnos en exceso de estos por su aplicabilidad más reducida, por lógica, para empezar a centrar nuestra atención en esta nueva figura jurídica.

un test de justicia que se identifica (como en el caso del concordato preventivo) con una regla de prioridad relativa. O lo que es lo mismo, en estos planes de continuación sí se da preferencia a una posible satisfacción parcial de un crédito *junior* aun cuando un crédito *senior* disidente no haya sido plenamente satisfecho; y frente a la rigurosidad en este punto contemplada para el plan de reestructuración. Y ello, en pro de una flexibilización aún mayor de estos institutos jurídicos negociales y conservativos de empresas presuntamente viables.

De una u otra manera, y como los cambios son muchos en pro de una conservación de empresas en el tráfico, en tanto ello sea posible, habrá que esperar a que el mercado reaccione de manera adecuada ante esta nueva normativa jurídica, para poder ver *de facto* el avance legislativo efectivamente producido.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

Aznar Giner, E., *La homologación judicial de acuerdos de refinanciación en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal*, Valencia, 2017.

Bruno, G., "Gli accordi di ristrutturazione dei debiti", en *Contratto e Impresa (commento alla normativa)*, 2021, vol. 37, núm. 2, págs. 436-468 (versión digital, págs. 1-17).

D'Attorre, G., "La distribuzione del patrimonio del debitore tra absolute priority rule e relative priority rule", en *Fallimento*, 2020, 8-9, 1071, (versión digital, págs. 1-8).

Ehmke, D.C., Gant, J.L.L., Boon, G.-J., Langkjaer, L. y Ghio, E., "The European Union preventive restructuring framework: A hole in one?", en *International Insolvency Review*, 2019, vol. 28, núm. 2, <https://scholarlypublications.universiteitiden.nl/access/item%3A2984314/view>, págs. 1-26.

Fauceglia, G., "Il piano di risanamento nel código della crisi e dell'insolvenza", en *Fallimento*, 2019, 11, 1281.

Fedele, R. "Gli strumenti di regolazione della crisi: gli accordi", en AA.VV., *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Commento al decreto legislativo 12 gennaio 2019, N. 14* (dir. Giorgetti), Pisa, 2019, págs. 67-70.

Garnacho Cabanillas, L., "Schemes of arrangement vs. acuerdos de refinanciación", en AA.VV., *Derecho concursal y preconcursal en sociedades mercantiles de capital* (dir. Gutiérrez), Madrid, 2018, págs. 145-178

– "Reestructuración de deudas pre-concursal desde una perspectiva interna y comunitaria", en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 53, 2021, págs. 47-88.

- “La pretendida armonización del derecho pre-concursal europeo y su evidente acercamiento al sistema concursal norteamericano”, en AA.VV., *El Derecho Concursal y la transposición de la Directiva sobre Reestructuración Preventiva* (dir. Garnacho y Arias), Madrid, 2022, págs. 111-141.

Gómez Asensio, C., *Los acuerdos de reestructuración en la directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva*, Navarra, 2019.

Nigro, A. y Vattermoli, D., en *Diritto de la crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 5ª ed., Bolonia, 2021.

Pacchi, S., “La legislación concursal italiana de frente a la directiva UE 2019/1023”, en AA.VV., *El Derecho Concursal y la transposición de la Directiva sobre Reestructuración Preventiva* (dir. Garnacho y Arias), Madrid, 2022.

Panzani, L. “Il preventive restructuring framework nella direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze”, en *Crisi d'Impresa e Insolvenza, Rivista trimestrale di diritto delle procedure di risanamento dell'impresa e del fallimento*, 14 de octubre de 2019, versión digital: págs. 1-40.

Pulgar Ezquerro, J., “Reestructuración de sociedades de capital y abuso de minorías”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, num.129/2013 (versión digital, págs. 1-26).

- “Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal (Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo)”, en *Diario La Ley*, núm. 8271, Sección Doctrina, marzo 2014 (versión digital, págs. 1-31).

- “El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español”, en *Estudios de Derecho Empresario*, <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/8812/9655>, págs. 180-189.

Sciuto, M., en AA.VV., “*Manuale di Diritto Commerciale*” (dir. Cian), Turín, 2021, págs. 197-302.

Thery Martí, A., “Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva de la Comisión europea de 22 de noviembre de 2016 (I)” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2017, núm. 27, págs. 513-548.

Verna, G., “Accesso alle procedure ed in particolare agli accordi di ristrutturazione”, en AA.VV., *Crisi di impresa e insolvenza. Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Studio Verna Società Professionale, 2019.