

RESUMEN
EJECUTIVO

CONGRESO | **LA
REFORMA
CONCURSAL**

NUEVA LEY Y CUESTIONES RELEVANTES
EN LOS JUZGADOS MERCANTILES



Con la colaboración de



MADRID - 25 DE OCTUBRE, 2022

INTRODUCCIÓN

El pasado 25 de octubre de 2022 tuvo lugar el "Congreso sobre la Reforma Concursal y otras cuestiones relevantes de actualidad en los Juzgados Mercantiles" organizado por **FIDE con la colaboración de Altamira doValue**, un muy esperado encuentro entre profesionales del sector de la insolvencia y reestructuraciones.

Este resumen incluye, no solamente las intervenciones de los ponentes, sino también las aportaciones de los asistentes, que fueron numerosas y contribuyeron a enriquecer el debate.

El Congreso se celebró en la sede de FIDE en el Colegio de Arquitectos de Madrid. El elevado número de asistentes reflejó no sólo las ganas de ver y conocer en "directo" a viejos y nuevos compañeros, sino el gran interés de todos en entender (o tratar de entender) las novedades de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

Durante su calurosa bienvenida, los directores académicos del evento recalcaron cuatro puntos que marcarían el contenido de los debates el resto de la jornada: (i) **cómo la reforma concursal supone una oportunidad para el sistema financiero**, (ii) el **impacto económico** de su contenido, (iii) el **mayor protagonismo de los acreedores** en la adopción de medidas pre-concursales, y (iv) la voluntad del legislador de aliviar la **carga de trabajo de los juzgados**.

Se dio comienzo así a una jornada en la que, a través de cinco mesas redondas integradas por abogados, economistas, representantes del sector financiero y de la judicatura, se abarcarían las principales novedades de la reforma concursal.

1.- PRIMERA MESA REDONDA: EL DÍA DESPUÉS DE LA MORATORIA CONCURSAL Y EL IMPACTO DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA REFORMA.

Como expusieron los ponentes, era necesario comenzar el Congreso poniendo en contexto la reforma, pues ésta coincide con un nuevo escenario en el mundo jurídico y económico.

Por una parte, a nivel jurídico, la reforma concursal entra en vigor tras una larga etapa de moratorias en el cumplimiento de las obligaciones concursales y también mercantiles.

Por otra parte, a nivel económico, la reforma ha coincidido con el fin de una etapa de "barra libre de liquidez", motivada, principalmente, por la pandemia.

Comenzando con el primer punto, ante las sucesivas moratorias concursales que se han prolongado en el tiempo casi dos años y medio, existía una enorme preocupación a nivel judicial por un potencial "aluvión" de concursos tras el fin de esta fase, que tuvo lugar el pasado 30 de junio de 2022.

Representantes de la judicatura indicaron que, ante la inminente entrada en vigor de la nueva Ley Concursal, a principios de septiembre se había observado un incremento en el número de solicitudes de concurso voluntario de persona física motivado, principalmente, por el cambio en el régimen sobre la exoneración del pasivo insatisfecho. Del mismo modo, recalcaron que se había observado un incremento en la presentación de concursos voluntarios de persona jurídica para beneficiarse del llamado "concurso *express*" que, bajo el anterior régimen, permitía la declaración y conclusión del concurso en unidad de acto.

No obstante, los ponentes confirmaron que **el fin de la moratoria concursal no ha desencadenado la temida avalancha de concursos**, por lo menos en lo que respecta a personas jurídicas, ni tampoco ha dado lugar a un incremento en los procesos de reestructuración.

¿Llegará en algún momento el hipotético aluvión de concursos?

Gran parte de los ponentes indicaron que se prevé que tanto el número de concursos como de reestructuraciones se **incremente exponencialmente a lo largo de la primera mitad de 2023**. Pero también hubo quien se quiso "mojar" un poco más en su apuesta, y señaló que preveía un escenario dramático a partir de marzo de 2023, en vista de que la suma de "factores"

del entorno actual (la guerra de Ucrania, la inflación, la crisis energética, el incremento en los costes de financiación) suponen una "tormenta perfecta", determinante de una crisis. Eso sí, lo que no se sabe es cuál va a ser el tamaño de la crisis, ni su duración.

Tras analizar el fin de la moratoria, la siguiente pregunta era obvia: ¿Cuál es el escenario que nos vamos a encontrar en los próximos meses?

Los ponentes comentaron que entendían que, antes del incremento en el número de concursos, es previsible una fase en la que se plantee la necesidad de reestructurar la financiación.

Existió unanimidad al comentar que **con la reforma concursal el legislador está potenciando el papel del acreedor en los procesos de reestructuración**, lo que abre un interrogante sobre cuál será el papel del deudor en un escenario en que los acreedores quieran sacar adelante sin la aprobación, no ya de los socios, sino del propio deudor. En este sentido, se constató que la reforma puede estar apuntando un cierto **cambio de paradigma, en cuanto a los deberes fiduciarios de los administradores**, más orientados hacia el acreedor.

Respecto de las futuras reestructuraciones bajo el nuevo régimen, los ponentes destacaron las siguientes cuestiones:

- Su mayor complejidad, y el previsible incremento en la litigiosidad derivada de ésta.
- La buena acogida del sector a la nueva figura del experto en reestructuraciones, y la necesidad de que se vea como un tercero en quien se puede confiar, a modo de mediador.
- La necesidad de que los Juzgados de lo Mercantil lleven a cabo una aplicación práctica, para lo cual se está considerando la adopción de medidas para favorecer la especialización, en función de los distintos tipos de procedimientos que se pueden plantear.
- La comunicación de inicio de negociaciones, como herramienta para potenciar los planes de reestructuración y evitar la situación de insolvencia.

Descendiendo a un plano económico, los ponentes comentaron que, a la fecha, **no se había observado un "efecto arrastre" entre empresas grandes y pequeñas** dado que los concursos actuales están afectando en su mayoría a empresas pequeñas y personas físicas.

Entre los comentarios de los asistentes, se indicó que, si bien es cierto que las entidades financieras llegan en una mejor situación al entorno de crisis actual, y disponen de mayor liquidez que en 2008, por ejemplo, se debe tener presente que **la Comisión Europea está presionando para evitar soluciones que supongan meros parches**, en vez de mirar a largo plazo.

No pasó de largo entre los ponentes que, aunque la reforma concursal da un mayor poder a los acreedores, en términos generales, parece que hay acreedores "mejor parados", como sería el caso del crédito público. Dado que la situación del crédito público sería debatida en la última mesa redonda no se quiso ahondar en el tema, pero los ponentes no desaprovecharon la oportunidad para confirmar que el contenido de la **Disposición Adicional 8ª de la nueva Ley Concursal** resulta decepcionante, e informaron sobre el hecho de que ya se ha planteado la primera cuestión prejudicial sobre la posible infracción de la Directiva, en este aspecto.

Otro tema que levantó gran interés fue el fin de la moratoria de la obligación legal de tomar medidas en caso de que el deudor se encuentre en causa de disolución, que se adoptó como consecuencia de la situación de pandemia en 2020, y que concluirá el próximo 31 de diciembre de 2022.

De nuevo, esta cuestión se analizó desde el punto de vista jurídico, y desde el punto de vista económico.

En el plano jurídico, los ponentes coincidieron en que era fundamental que existiese una **conexión entre la normativa concursal y mercantil**, aplaudiendo este cambio en la reforma concursal.

Asimismo, se planteó si, en marzo de 2022, deben computarse o no las pérdidas de los dos últimos ejercicios. Los ponentes coincidieron al entender que, **una vez finalice la moratoria, sí deberán tenerse en cuenta las pérdidas de los dos últimos ejercicios**, debiendo adoptar medidas al respecto en el plazo legalmente exigible en caso de que la sociedad se encuentre en causa de disolución. Esto sería así porque la realidad de la sociedad debe reflejarse en su contabilidad y porque la literalidad de la norma no permite entender otra cosa.

En el plano económico, los ponentes comentaron que **la "moratoria mercantil" ha generado empresas "zombis"** (infracapitalizadas), pero también ha permitido que muchas otras se hayan podido salvar. Y, como sucedió en el análisis jurídico de la cuestión, se indicó que también a nivel económico se debe entender esta moratoria como una medida temporal, como en su día confirmó el Ministerio de Economía en respuesta a una

consulta planteada por el Consejo General de Economistas (en relación con la disposición relativa al ejercicio 2021).

Por último, la primera mesa redonda abordó el delicado tema de la responsabilidad de los administradores, en el contexto de la moratoria concursal.

Si bien los ponentes empezaron por recordar que cada caso habrá de examinarse de forma individual, también alertaron sobre el hecho de que no debe descartarse la **potencial responsabilidad de los administradores por incumplir su obligación de solicitar el concurso**, a pesar de la moratoria, refiriéndose para ello a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 13 de Madrid, de 28 de octubre de 2021, en la que el Juzgado estima la acción de responsabilidad de administradores bajo la Ley de Sociedades de Capital, en un caso en el que el deudor era insolvente antes de la entrada en vigor de la moratoria.

Asimismo, aunque se indicó que la moratoria no estaba causalizada (en el sentido de que se beneficiaría de ella cualquier deudor, con independencia de que la insolvencia viniese motivada por causas distintas de la Pandemia), se advirtió de la posibilidad de que se declare un concurso culpable (con independencia de la moratoria concursal), basado en la agravación de la insolvencia durante el período de moratoria, en caso de que se entienda que la insolvencia era irreversible.

Al finalizar la sesión, hubo una pausa en la que todos los asistentes tuvieron la oportunidad de seguir debatiendo sobre el contenido de la primera sesión.

2.- SEGUNDA MESA REDONDA: DETECCIÓN TEMPRANA DE LA INSOLVENCIA, LOS NUEVOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL Y EL PAPEL DEL EXPERTO EN REESTRUCTURACIONES.

El debate inició confirmando el parecer de la primera mesa redonda sobre la situación de los concursos en España: **el número de concursos de persona jurídica no ha sufrido grandes cambios**, aunque sí ha habido un incremento del número de concursos de persona física.

Siendo la situación económica actual incierta, los ponentes insistieron en que resulta fundamental la anticipación, tanto por parte de los deudores, como por parte de los acreedores, entre los que siguen teniendo un papel fundamental las entidades financieras.

Comparando el marco legal, se indicó que, si bien el anterior no era el más apropiado para adoptar medidas anticipatorias y preservar el valor de la sociedad deudora, **la introducción del concepto de "probabilidad de insolvencia" sí puede ayudar a los deudores a actuar antes**. No obstante, se alertó de que no todo depende del marco legal; por ejemplo, habrá que ver qué pasa con las provisiones de los bancos, o qué sucede finalmente con los créditos ICO (Instituto de Crédito Oficial) (si es que no hay un cambio en la normativa al respecto en los próximos meses).

¿Qué medidas anticipatorias pueden adoptar los acreedores financieros?

Se destacaron tres medidas, entre otras: (i) mantener una relación de **cercanía con el deudor**; (ii) la adopción de **sistemas internos de clasificación** (para lo que los ponentes cómo entidades financieras clasifican en etapas (*stage 1*, *stage 2* y *stage 3*) por las); y (iii) **estar al día de los datos de cada sector**, para entender su situación y evolución.

Al debatir esta cuestión, tanto el público como los ponentes pusieron de manifiesto la importancia de tomar acciones cuando se está en "stage" 1), y cómo la banca está cambiando sus dinámicas internas para poder tomar medidas anticipatorias, precisamente como reflejo de las lecciones aprendidas de la anterior crisis.

La probabilidad de insolvencia se describió como una herramienta que podía contribuir al **control del tiempo**, entendiéndose éste como un factor esencial. Se explicó que, en muchos casos, era preferible una solución "menos perfecta" y más rápida, que permita preservar valor, en mayor medida.

No obstante, también se matizó que, dado que el inicio de negociaciones basadas en la probabilidad de insolvencia del deudor tendrá implicaciones de cara a las entidades financieras (aunque luego no prospere el plan de reestructuración), y dado que la probabilidad de insolvencia es una herramienta favorable para evitar crisis estratégicas, pero no lo es necesariamente para evitar crisis de liquidez, es probable que solo se recurra a este concepto cuando se pretenda homologar el acuerdo de reestructuración, en particular, para lograr el arrastre de acreedores disidentes.

¿Qué factores pueden ayudar a "salvar" a un mayor número de empresas, además de la anticipación? Se remarcaron dos: (i) **la mayor transparencia en los mercados**, que proporciona más seguridad a los acreedores; y (ii) **la**

Lucha contra la estigmatización de las entidades acreedoras, entidades financieras y fondos.

En todo caso, hubo quienes se decantaron por una visión *darwiniana*, y defendieron la idea de que era preferible que se liquidasen las empresas insalvables, para que los recursos puedan destinarse a las empresas verdaderamente viables.

Al hilo del mayor protagonismo de los acreedores en las reestructuraciones, **se debatió sobre la formación de clases**. Los ponentes destacaron que la formación de clases va a depender mucho de la práctica: mientras que hubo quien consideró que seríamos los profesionales los que determinaremos su funcionamiento con el tiempo, hubo quien también planteó la posibilidad de que desde los Juzgados se publicase una guía de buenas prácticas.

Los ponentes subrayaron que la reforma concursal supone retos y oportunidades.

En cuanto a los retos, se destacó la novedosa **posibilidad de arrastrar a los accionistas, y el nuevo rol de los proveedores**, quienes a partir de ahora van a tener voz y voto. Sin embargo, entre los ponentes se cuestionó su papel en las negociaciones, en tanto que no tienen el acceso a foros de reunión, no están acostumbrados a las reestructuraciones, y, en general, tienen menos capacidad de negociar con el deudor. No obstante, también se apuntó que hay casos en los que el proveedor tiene más peso.

Todos coincidieron en que el reto para los proveedores será aprender a organizarse y adaptarse a las reestructuraciones, ya que lo que está sucediendo es un cambio de dinámica para ellos.

En cuanto a las oportunidades, se destacó **la participación de los nuevos agentes**, como pueden ser financiadores americanos e ingleses que tienen apetito en España, y a los que la nueva legislación les va a resultar más familiar, por su inspiración anglosajona. Y aunque es cierto que en muchos casos pretenderán quedarse con el *equity*, su presencia también ayudará a salvar negocios y a gestionar mejor la actividad de la sociedad deudora, si aportan el dinero nuevo necesario. Eso sí, es más probable que se conviertan en jugadores en las reestructuraciones de grandes empresas, que de pequeñas empresas.

Además, dada la presión del regulador a los bancos para que éstos eliminen de sus balances situaciones "problemáticas", y la incertidumbre actual con los créditos ICO, es muy posible que en el futuro **esta situación favorezca la venta de carteras**, lo que supondrá una oportunidad

adicional para determinadas entidades. Sin embargo, la regulación de los créditos ICO impide su venta, por lo que difícilmente entrarán a formar parte de las carteras, salvo que se habilitan formulas como las que se abordaron en la última mesa.

Por último, la segunda mesa redonda abordó la **nueva figura del experto en reestructuraciones**. A modo de referencia, se indicó que en Reino Unido existe una figura similar, que se ocupa de constituir prueba para demostrar que el acreedor (o las clases de acreedores) está en mejor situación suscribiendo un plan de reestructuración que en el escenario alternativo de concurso.

Además de destacar su importancia para poder auxiliar a los Juzgados (que cuentan con escasos medios), se planteó qué sucedería en **caso de que concurrieran varios planes de reestructuración**: ¿debe decidir el experto en reestructuraciones cuál es el "mejor" plan? Entre los ponentes y el público no hubo una respuesta clara, si bien se plantearon dos opciones, el más ventajoso para los acreedores o en su caso, de no ser posible que primase un criterio de temporalidad.

Por último, se cuestionó la **potencial responsabilidad del experto en reestructuraciones**. Los ponentes descartaron cualquier responsabilidad, salvo en situaciones de negligencia grave.

En la misma línea, se planteó la posibilidad de que los acreedores que se hayan adherido a un plan de reestructuración puedan ser considerados como **administradores de hecho** en un concurso posterior. Este supuesto fue tachado de "barbaridad" por algunos ponentes, quienes argumentaron que la ley pretende fomentar esa participación, por distintos medios, lo que no sería coherente con asumir el riesgo de administración de hecho.

3.- TERCERA MESA REDONDA: EL "RÉGIMEN ESPECIAL DE MICROEMPRESAS.

Como es sabido, el régimen previsto para las microempresas **entrará en vigor el 1 de enero de 2023**.

El procedimiento pensado para las microempresas está pensado para ser sencillo, sin que intervenga ni un abogado, ni un administrador concursal, a través de la creación de una plataforma electrónica.

Sin embargo, **la plataforma no está en funcionamiento**. Se ha legislado para un contexto que, hoy en día, no existe. De ahí que sean muchas las

voces que han tildado esta normativa de innecesaria o que hayan pedido una entrada en vigor aún más tardía.

El éxito de este régimen depende fundamentalmente de herramientas informáticas, por lo que todas las vistas están puestas en el desarrollo tecnológico.

En principio, **es un procedimiento sencillo: no hay administrador concursal, salvo en caso de liquidación, ni experto en reestructuraciones, salvo que se pida.**

Pero, en caso de que se designe a un administrador concursal, (i) su retribución no se va a considerar como un crédito contra la masa, y (ii) si lo nombra el acreedor será éste quien tenga que abonar los honorarios, por lo que no hay incentivos para que exista esta figura.

En los concursos de microempresas, por lo general, **no se van a suspender las funciones del deudor**, precisamente porque no va a haber administrador concursal. Sin embargo, un acreedor podrá pedir la sustitución del órgano de administración (i) cuando el comportamiento del deudor no sea "adecuado" (sin que quede claro qué se quiere decir con esto), o (ii) cuando la información facilitada sea incompleta.

Una pregunta relevante es si cabe reestructurar una microempresa. Se explicó que el procedimiento de continuación pretende ser una réplica del Libro I, pero se criticó la forma de hacerlo, cuando hubiese resultado más sencillo hacer una remisión a dicho Libro I.

Como sucede en el régimen general, **habrá formación de clases, y arrastre de acreedores disidentes** mediante el mecanismo de la homologación.

Para la extensión de efectos a acreedores disidentes sí será necesario el nombramiento de un experto en reestructuraciones que confirme que el plan de continuación es un mejor escenario que el escenario de la liquidación. Sin embargo, como también sucede en el régimen general, ni Hacienda ni la Seguridad Social se pueden ver afectados por el plan de continuación, lo que nuevamente fue criticado por los asistentes.

En cuanto a la homologación, se explicó que podrá ser tácita o expresa, dándose el primero de los casos en supuestos en los que el acreedor no responda a tiempo.

En el régimen de la microempresa, **el escenario de liquidación sí presenta importantes diferencias** respecto del régimen general:

- No aplica el régimen de sustitución.
- Sí hay un plan de liquidación (que ha desaparecido en el Libro I).
- La liquidación puede tener una duración máxima de 3 meses (más 1 mes de prórroga).
- La venta de activos se realiza a través de la plataforma creada para las microempresas. De nuevo, quedó patente el escepticismo al respecto, y la falta de certeza sobre su funcionamiento.
- Tras las explicaciones generales sobre el régimen aplicable a las microempresas, se realizó un resumen crítico al respecto. Se plantearon muchas preguntas, a las que la Ley no da respuesta:
 - Los plazos no cuadran.
 - No se prevé el caso en que un acreedor no conste en el listado de acreedores propiamente dicho del deudor: ¿podrá comunicar su crédito? En ese caso, se solaparía con el plazo para impugnar el inventario, por lo que ¿podría impugnarlo o no?
 - El régimen previsto para las microempresas pretende simplificar los trámites y reducir la carga de los juzgados, pero la plataforma electrónica sigue sin funcionar hoy en día, y es evidente que los juzgados no tienen los medios tecnológicos para ello. Habrá que ver con qué medios se dotan a los juzgados y si esto sucede de forma inmediata.
 - El hecho de que tampoco se pueda arrastrar a Hacienda y a la Seguridad Social supone un desincentivo para otros acreedores.
 - Existen dificultades prácticas, como, por ejemplo, si el resguardo que emita la plataforma confirmando la adjudicación de un activo servirá o no de título inscribible. Se informó de que los jueces de Barcelona, por lo menos, se van a reunir con los Registradores de la Propiedad para aunar criterios, pero se apunta que muchos activos se acabarán donando si otras alternativas resultan demasiado complicadas.

En definitiva, la tercera sesión resumió la situación como una situación de mucha incertidumbre, donde hay **"más sombras que luces"**.

4.- CUARTA MESA REDONDA: LA LIQUIDACIÓN CON CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD.

Como es sabido, en los últimos meses la venta de unidades productivas ha generado gran interés al plantearse como una **vía para maximizar el valor de los activos del deudor** en situación de distrés financiero y, ante todo, mantener los puestos de trabajo.

Sin embargo, su regulación en la ley es muy corta, lo que dio lugar a que el público fuese "directo al grano" desde el primer minuto, y plantearse sus dudas sobre las diferencias entre los mecanismos previstos bajo el artículo 224 ter TRLC (que se refiere a la posibilidad de nombrar a un experto) y el artículo 216 TRLC (que se refiere a la posibilidad de venta mediante entidad especializada dentro del concurso).

Luego se debatió sobre **la nueva obligación de mantener la actividad**.

Esta obligación fue descrita por los ponentes (y el resto de los asistentes por medio de sus preguntas y comentarios) **como un obstáculo para la venta de unidades productivas**, por varios motivos:

- El TRLC se refiere a la obligación de mantener la actividad 2 años en el artículo 224 septies, y 3 años en el artículo 224 bis. ¿Se trata de un error del legislador? No parece que haya una razón para establecer plazos distintos.
- ¿Qué significa "mantener" una actividad? ¿Cuál es el verdadero alcance de esta obligación? No es lo mismo mantener actividad que mantener la actividad.
- La amenaza de una condena por daños y perjuicios en caso de incumplir la obligación de mantenimiento va a provocar que en la mayoría de los casos la sociedad adquirente sea una sociedad newco, cuya solvencia sea dudosa. Además, la supuesta falta de competencia del Juez del concurso para conocer de cualquier acción de daños por el incumplimiento de esta acción no contribuiría a desestigmatizar esta opción, por lo que se planteó la posibilidad de justificar la competencia del Juez de lo Mercantil basada en su competencia funcional.

Debe decirse que, posteriormente, durante la quinta mesa redonda, se planteó una posible solución a este problema por medio de la renuncia por la sociedad vendedora a la obligación de mantenimiento. Pero serán los jueces quienes digan si la Ley lo permite.

Las críticas a la nueva legislación (en torno a la obligación de mantenimiento de la actividad) se tornaron alabanzas cuando se pasó a hablar de la **competencia de los jueces de lo Mercantil en materia de sucesión de empresas**, que por fin resuelve las dudas existentes, dejando en sede del juez mercantil la delimitación del perímetro de la unidad productiva.

Sin embargo, la calma en la cuarta mesa redonda duró poco, y el debate volvió a avivarse al discutirse la **subrogación automática en los contratos seleccionados por el adquirente de la unidad productiva**.

Por una parte, se dijo que esta posibilidad dará lugar a que, en la mayoría de los casos, se inste la **resolución en interés del concurso** del resto de contratos, lo que ahora tendrá como efecto el reconocimiento de un crédito ordinario. En este sentido, se propuso que los deudores considerasen plantear una demanda incidental de resolución de un contrato en interés del concurso en paralelo a la oferta de compra de la unidad productiva (o que el oferente lo exija como condición) para asegurarse de que el crédito sea reconocido como un mero crédito ordinario, y evitar una deuda contra la masa por un potencial incumplimiento del contrato.

También se trató del alcance de la **subrogación en los contratos de crédito**.

En primer lugar, generó gran debate el alcance de la deuda a asumir por el adquirente, distinguiéndose dos interpretaciones al respecto: una primera interpretación que defendió que el adquirente debe subrogarse en la totalidad de la deuda existente, y una segunda interpretación que defendió que la deuda dispuesta debería ser reconocida como crédito concursal, y la sociedad subrogante debería estar únicamente obligada al pago de la deuda desde la subrogación.

En segundo lugar, se cuestionó qué sucedía en los casos en los que el adquirente se subroga en un contrato de financiación con garantía personal. Los ponentes consideraron que la garantía se mantiene por cuanto el cambio de sujeto obligado al pago viene impuesto por la autorización judicial.

Y, en tercer lugar, se analizó la cuestión desde un punto de vista "burocrático", y se planteó la problemática entorno a la identidad del adquirente: ¿qué sucede si el adquirente no pasa los controles de blanqueo de capitales de un banco? O ¿qué pasa si no se acredita su solvencia? ¿Podría verse el adquirente en una situación en la que no pueda disponer

de una línea de crédito en la que se ha subrogado por no superar los procesos internos de PBC de una entidad? De nuevo, se hizo referencia a que cualquier proceso de venta de unidad productiva implica la presentación de una oferta explicando de forma detallada quién es el adquirente y su solvencia, y cómo dicha oferta debe ser bendecida con la autorización judicial, por lo que dicha autorización judicial debería servir como acto confirmatorio para los procesos internos de las entidades financieras.

Finalmente, se debatió la **venta de unidades productivas que incluya bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial**. Entre las cuestiones que se debatieron, cabe destacar el mecanismo de valoración de la garantía. La valoración de la garantía la debe realizar el administrador concursal, pero ¿cómo lo hace o con base en qué? Los ponentes plantearon la posibilidad de que el administrador concursal se base en el valor de tasación que conste en la escritura de constitución de la garantía, lo que dio pie a plantear si cupiera que el adquirente aportase una nueva tasación ECO. En todo caso los ponentes confirmaron que el derecho de veto del acreedor garantizado solamente podrá operar cuando el precio de venta sea inferior al valor del bien.

5.- QUINTA MESA REDONDA: EL CRÉDITO CON PRIVILEGIO ESPECIAL EN EL CONCURSO, Y EL CRÉDITO PÚBLICO O CON GARANTÍA/AVAL PÚBLICO.

Los ponentes comentaron cómo la nueva regulación afecta de manera directa al crédito privilegiado, sobre todo en el escenario pre-concursal en los planes de restructuración.

Un acreedor con privilegio especial debe valorar y comparar su situación en un escenario donde se pretenda alcanzar un plan de restructuración, y un escenario de liquidación.

Del mismo modo, tanto para el deudor como para el resto de los acreedores, va a ser fundamental saber quiénes están (o se pretende que estén) involucrados en el proceso de restructuración, y si tienen o no garantías, para determinar el tipo de restructuración que se puede plantear.

Al debatir **sobre los créditos con privilegio especial, los ponentes destacaron su importancia como potencial fuente de inyección de liquidez en el sistema por medio de su adquisición por terceros** (p.e. fondos extranjeros). Sin embargo, ello dependerá de la flexibilidad del

mercado, y la seguridad jurídica, que, en gran medida, descansa en los jueces.

Del mismo modo, se comentaron los problemas que los créditos con privilegio especial podían implicar. Entre estos, los ponentes mencionaron la problemática de la vivienda habitual en el concurso de persona física, cuando el deudor se acoge a un plan de pagos y, por tanto, no resulta posible vender o hipotecar ésta. En este sentido se indicó que no poder vender una vivienda, así como no poder gravarla supone la pérdida de valor de la vivienda, y que los acreedores con privilegio sobre el activo en cuestión queden al albur de que el deudor sea -verdaderamente- capaz de cumplir el plan de pagos.

Al analizar el papel de los acreedores privilegiados en el contexto de un plan de reestructuración, se abordó el controvertido **papel de los "créditos ICO"**. Al tratar esta cuestión se expusieron dos interpretaciones sobre cómo el contenido de la Disposición Adicional 8ª podría afectar al éxito de un plan de reestructuración.

Hubo quienes sostuvieron que, a la vista de la norma actual, cualquier planteamiento que implique refinanciar el pasivo con el ICO será temerario y abocará a la sociedad deudora a la liquidación, en el momento en que el ICO responda en sentido negativo o por la previsible tardanza de respuesta, (cuando será ya demasiado tarde para iniciar de nuevo las negociaciones). Así las cosas, sólo la inyección de dinero permitirá dejar al margen al ICO (pero eso no siempre será posible).

Por otra parte, se alegó que se puede considerar que la participación del ICO en un plan de reestructuración encorseta su contenido (al limitarlo a quitas y esperas).

Ante la diferencia de posturas, se consensuó que va a ser necesario hacer un **enorme esfuerzo para sacar adelante las reestructuraciones que impliquen créditos avalados por el ICO**.

Desde un plano más formal, se plantearon dudas sobre la falta de certeza sobre el procedimiento a seguir para conseguir las autorizaciones necesarias del ICO para refinanciar sin perder la garantía.

Ante la incertidumbre de cómo los juzgados aplicarán la norma, y cómo esta cuestión se debe abordar desde el plano formal, se sugirió la posibilidad de que las entidades financieras elaboren una guía de buenas prácticas al respecto, y se insistió en la necesidad de que haya una "colaboración extrema" al respecto, entre estas entidades y el ICO.

Al hilo de la cuestión, la quinta mesa redonda también puso de manifiesto la falta de sensibilidad del legislador al "súper-privilegiar" al crédito público, y no permitir que comparta el sacrificio que toda restructuración implica. Los ponentes, de manera rotunda, confirmaron que **la viabilidad de los planes de restructuración se ve comprometida por los privilegios que mantienen Hacienda y la Seguridad Social**, por lo que plantearon distintas soluciones al respecto.

En primer lugar, sugirieron anticipar la restructuración al momento en el que el deudor se encuentra en un estado de "probabilidad de insolvencia", donde es más probable que sus deudas frente a Hacienda y la Seguridad Social estén al día.

En segundo lugar, en caso de que no prospere un plan de restructuración, se planteó la posibilidad de que al menos se pudiese vender la deuda pública en sede de liquidación. A este respecto, hubo quien se mostró muy partidario de fomentar medidas que impliquen vender lo máximo posible. No obstante, hubo quienes se mostraron más escépticos en torno a esta posibilidad.

La quinta mesa redonda concluyó su debate haciendo mención del **tratamiento de los créditos SEPI y COFIDES**.

Los ponentes plantearon las dudas existentes entorno a su clasificación, y pusieron encima de la mesa dos cuestiones relevantes: (i) ¿cómo se tratan los créditos SEPI, en los que el 50% del importe se concedió en forma de préstamo participativo? (en principio, este porcentaje debería ser crédito subordinado); y (ii) la posibilidad de que un crédito suscrito por SEPI no sea necesariamente un crédito público: salvo que sea una subvención, no debería ser considerado como tal.

Muchas gracias a todos los ponentes, moderadores y asistentes, por hacer de una jornada "de trabajo", una jornada tan entretenida y enriquecedora.

En este Congreso intervinieron:

- Cruz Amado
- Oscar Burgos
- Amanda Cohen
- Miguel Ángel Díez
- Josu Echevarría
- Lluís Farrés
- Ramón Fernández-Aceytuno
- Olga Forner
- Álvaro Gámez
- Jose Antonio García-Argudo
- Patricia García Barrios
- José Ramón García Vicente
- Beatriz Gómez Justo
- Esther Guerra
- Cristina Jiménez Savurido
- Álvaro Lobato Lavín
- Yolanda Ríos
- Alejandro Rodríguez Martínez
- Ángel Rubio Burgos
- Sergio Serrano
- Pablo Tames
- Fedra Valencia
- Iñigo Villoria.

Este **resumen ha sido elaborado por:**

Alexandra Borrallo, abogada de Clifford Chance, S.L.P.

Toda la información del congreso está disponible en:

<https://thinkfide.com/actividades/congresos-de-fide/congreso-la-reforma-concursal-2022/>