
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Perrin, Josselin Ronan; Canals Vaquer, Roger, dir. Estudio comparativo del derecho preconcursal español y francés : la eficacia de los mecanismos preconcursales en rescatar las empresas bajo la influencia de la Directiva 2019/1023. 2025. (Grau en Dret)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/319324>

under the terms of the  license

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Estudio comparativo del derecho preconcursal español y francés : la eficacia de los mecanismos preconcursales en rescatar las empresas bajo la influencia de la Directiva 2019/1023.

Autor/es

Josselin Ronan PERRIN

Director/es

Roger CANALS VAQUER

*Facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona
2024-2025*

Sumario

Abstracto	3
Abstract	3
Metodología	4
Abreviaturas utilizadas	6
Introducción.....	7
1. <i>Sistemas tendentes al rescate de las empresas.....</i>	12
1.1. <i>Rumbo a la unificación de los mecanismos preventivos : Directiva 2019/1023</i>	12
1.2. <i>Las interpretaciones franco-españolas del marco europeo</i>	16
1.2.1. <i>Transposición francesa</i>	<i>16</i>
1.2.2. <i>Transposición española.....</i>	<i>19</i>
2. <i>Políticas jurídicas favoreciendo la prevención para una mayor satisfacción de los acreedores</i>	26
2.1. <i>Una "fusión" de los mecanismos preconcursales y concursales</i>	26
2.1.1. <i>La "procédure de sauvegarde accélérée" francesa.....</i>	<i>27</i>
2.1.2. <i>Los planes de reestructuración españoles.....</i>	<i>29</i>
2.2. <i>La eficacia de los mecanismos preconcursales</i>	32
2.2.1. <i>Incentivos para el uso de los mecanismos preconcursales</i>	<i>32</i>
2.2.1.1. <i>La discrecionalidad y la publicidad de los mecanismos</i>	<i>33</i>
2.2.1.2. <i>El miedo del procedimiento concursal.....</i>	<i>35</i>
2.2.1.3. <i>El privilegio de "new money"</i>	<i>36</i>
2.2.1.4. <i>El arrastre de acreedores.....</i>	<i>40</i>
2.2.2. <i>Éxitos de los sistemas francés y español</i>	<i>45</i>
3. <i>Sistemas mejorados y mejorables en cuanto a los mecanismos previstos</i>	51
3.1. <i>Las implicaciones de la inspiración anglosajona.....</i>	51
3.1.1. <i>La falta de interpretación jurisprudencial actual de las nuevas normas.....</i>	<i>52</i>
3.1.2. <i>Clases de acreedores y "classes de parties affectées".....</i>	<i>53</i>
3.2. <i>Una mejor previsión para una mejor satisfacción : las alertas tempranas de la Directiva 2019/1023.....</i>	60
3.3. <i>Una mejora del plan de reestructuración para una mayor eficiencia del instrumento</i>	64
3.3.1. <i>El refuerzo de la figura del experto.....</i>	<i>64</i>
3.3.2. <i>Los beneficios de los planes competidores.....</i>	<i>68</i>
Conclusión	71
Bibliografía	73
Legislación	78
Española.....	78
Francesa.....	79
Jurisprudencia	79

Abstracto

El presente trabajo analiza los mecanismos preconcursales de prevención de la insolvencia empresarial en los sistemas jurídicos de España y Francia, bajo la influencia de la Directiva (UE) 2019/1023. A través de un estudio comparativo, se examina cómo ambos países han adaptado sus legislaciones para anticipar las dificultades económicas, garantizar la viabilidad de las empresas y proteger los intereses de los acreedores. Aunque la Directiva persigue una armonización europea, las tradiciones jurídicas y económicas de cada país han dado lugar a modelos preconcursales distintos, con soluciones específicas como los planes de reestructuración en España o la sauvegarde accélérée en Francia. Asimismo, este trabajo reflexiona sobre la eficacia práctica de esos mecanismos y los incentivos que ofrecen, valorando su impacto en la continuidad empresarial, la protección del crédito y la atracción de inversión. Finalmente, se identifican áreas de mejora para esos sistemas preventivos y asegurar una conciliación entre la protección de los deudores y los créditos de los acreedores, clave para la estabilidad económica y jurídica dentro del marco europeo.

Abstract

This paper analyzes the pre-insolvency mechanisms for preventing corporate insolvency within the legal systems of Spain and France, under the influence of Directive (EU) 2019/1023. Through a comparative study, it examines how both countries have adapted their legislation to anticipate corporate crises, ensure the viability of struggling companies, and protect the interests of creditors. Although the Directive aims for European harmonization, the legal and economic traditions of each country have led to distinct pre-insolvency models, with specific solutions such as restructuring plans in Spain or the sauvegarde accélérée in France. Furthermore, this study reflects on the practical effectiveness of these mechanisms and the incentives they provide, assessing their impact on business continuity, credit protection, and investment attraction. Lastly, it identifies areas for improvement to optimize preventive systems and strengthen the balance between debtor protection and creditors' rights, which is essential for economic and legal stability within the European framework.

Metodología

El derecho concursal (en Francia, más bien conocido como el derecho de las empresas con dificultades) persigue un doble objetivo : prevenir las dificultades empresariales mediante mecanismos más bien amistosos, y solucionarlas a través de la apertura de un procedimiento concursal destinado a reestructurar su deuda y/o su actividad, con el fin de garantizar su continuidad y preservar los empleos. En una dinámica de integración económica europea el legislador europeo intervino con la Directiva 2019/1023 en el ámbito del derecho preconcursal, dando una orientación común para los países miembros de la Unión. Esta directiva busca fortalecer los mecanismos preventivos y preconcursales, con el objetivo de actuar de manera preventiva para proteger y salvar las actividades económicas en crisis antes de que se agraven.

Al cursar un doble grado en derecho francés y español, centrado principalmente en el derecho privado económico de cada país, he tenido la oportunidad de estudiar en profundidad las cuestiones concursales tanto en Francia como en España. A través de mis estudios y del interés personal que siempre he tenido por el derecho de las empresas en dificultad, he observado que, aunque una misma directiva europea sirva como base, la historia y las concepciones jurídicas de cada país influyen significativamente en sus legisladores. Como resultado, la interpretación de un mismo texto europeo puede dar lugar a dos regímenes preconcursales distintos en ambos países. Si bien el objetivo principal del derecho preconcursal es salvar empresas, este también se convierte en un elemento clave para la atraktividad económica de un país, incentivando la instalación de actividades empresariales en su territorio. Lo que más me apasiona del derecho concursal y preconcursal es precisamente su omnipresencia desde la constitución y el establecimiento de una empresa en un territorio determinado.

Cuanto más ofrezca un país mecanismos que garanticen una sólida protección a los acreedores, mayor será la confianza de los inversores para apostar por sus empresas. Asimismo, cuanto más proteja un país a las empresas que atraviesan dificultades económicas, brindándoles herramientas para continuar con su actividad mientras resuelven sus problemas y protegiéndolas de acciones perjudiciales por parte de sus

acreedores, mayores serán las posibilidades de atraer el establecimiento de nuevas empresas en su territorio. Esto resulta esencial para fomentar la generación de riqueza y el desarrollo económico en la región.

El derecho concursal y preconcursal plantea un dilema fundamental para los Estados: no es posible otorgar una protección excesiva a las empresas deudoras sin desincentivar a los inversores, pero tampoco se puede eliminar por completo dicha protección, ya que ello ahuyentaría a los emprendedores del territorio. Frente a este desafío, los países europeos, en el marco de los principios establecidos por la Directiva 2019/1023, han tenido que encontrar un equilibrio entre estas dos dinámicas para hacer sus jurisdicciones lo más atractivas posible tanto para las empresas como para los inversores.

El objetivo de este trabajo de fin de grado es analizar la lógica y la eficacia de los mecanismos implementados en España y Francia, reflexionando sobre las innovaciones introducidas en cada sistema. A través de esta comparación, se busca ofrecer una base para identificar posibles mejoras en ambos modelos. Como se suele decir, crecemos a través del intercambio con los demás ; por ello, este trabajo tiene como propósito poner en diálogo los regímenes preconcursales francés y español, con el fin de aportar ideas para el desarrollo y la mejora de cada sistema.

Abreviaturas utilizadas

AEAT	Agencia Española de Administración Tributaria
AP	Audiencia Provincial
Com.	Código de comercio francés
CT	Código del trabajo francés
LEC	Ley de enjuiciamiento civil
LC	Ley concursal
PYMES	Pequeñas y medianas empresas
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
UE	Unión Europea

Introducción

Si bien el derecho se expresa generalmente a través de normas reguladoras, es, ante todo, una manifestación del sentido común. Desde pequeño, se nos ha dicho que "*más vale prevenir que curar*". Efectivamente, es preferible abordar un problema antes de que ocurra, ya que una vez manifestado, su resolución suele ser mucho más compleja que su prevención. Con esta lógica de sentido común, el legislador ha implementado mecanismos de prevención en el ámbito de las crisis empresariales, permitiendo evitar situaciones de insolvencia que obliguen al cese de la actividad empresarial. Los mecanismos preconcursales, entonces, se conciben como herramientas para asegurar una satisfacción aplazada, ayudando a evitar la insolvencia del deudor profesional.

Este enfoque se asemeja al concepto de "*free riders*", en el cual los involucrados acuerdan limitar su pesca para no agotar los recursos del lago, permitiendo que los peces no capturados se reproduzcan y garantizando una mayor satisfacción como fuente de alimentos a largo plazo. Esto es precisamente lo que buscan lograr los mecanismos preconcursales. Por tanto, estos instrumentos, que abordaremos en este estudio, representan un aspecto fundamental del derecho concursal tanto en Francia como en España.

La reciente *Directiva (UE) 2019/1023*¹ – transpuesta por *l'Ordonnance n° 2021-1193 del 15 septiembre de 2021*² en el ordenamiento legal interno francés, y por la Ley 16/2022 de 5 de septiembre 2022³ de reforma del texto refundido de la Ley Concursal en el ordenamiento legal interno español –, tiene como objetivo de “*eliminar estos obstáculos*

¹ *Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).*

² *Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.*

³ *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).*

garantizando que las empresas viables y los empresarios en dificultades financieras tengan acceso a marcos de reestructuración preventiva eficaces a nivel nacional, que les permitan continuar sus actividades”⁴.

Una empresa en dificultades financieras se refiere a aquella que atraviesa una situación económica desfavorable que amenaza su continuidad. Este término abarca tanto a las empresas que ya están en situación de insolvencia, es decir, que no pueden cumplir regularmente con sus obligaciones de pago, como a aquellas en riesgo de insolvencia inminente, es decir, aquellas para las que se prevé que en el corto plazo no podrán afrontar sus compromisos financieros. Por lo tanto, los mecanismos preconcursales intentan preservar la viabilidad de la entidad económica para que no llegue a una situación de insolvencia efectiva, o sea que el deudor no pueda cumplir regularmente con sus obligaciones vencidas.

“La cultura económica de cada país puede ser determinante a la hora de dar mayor éxito a los mecanismos preconcursales”⁵, por eso, la implementación de mecanismos preconcursales no ha sido un proceso idéntico tanto en Francia como en España.

En Francia, la Ley de 1967⁶ introdujo el primer enfoque en el rescate de la empresa, distinguiendo a la empresa del empresario y priorizando su rescate, incluso si ello requería sacrificios de los acreedores. Este enfoque se reforzó con las leyes de 1984 y 1985⁷, que ampliaron los mecanismos de reestructuración y protección del empleo. En 2005⁸, una reforma importante introdujo el mecanismo de conciliación y el procedimiento de

⁴ Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (cf. nota 1).

⁵ Irene ARÉVALO GONZÁLES, socia de Procesal y Arbitraje de Gómez-Acebo & Pombo.

⁶ Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

⁷ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, y, Loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

⁸ LOI n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (I), y, LOI n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (rectificatif)

“sauvegarde”, y modernizó los procesos de insolvencia. L’*Ordonnance* de 2014⁹ añadió el “pre-pack” para facilitar la venta de empresas en crisis. Finalmente, l’*Ordonnance* de 2021¹⁰ implementó métodos judiciales inspirados en el derecho estadounidense, creando un sistema de clases de acreedores y fortaleciendo la eficiencia de la reestructuración empresarial.

En España, la Ley 22/2003¹¹, de 9 de julio (conocida como Ley Concursal), fue modificada por el Real Decreto-Ley 3/2009¹², de 27 de marzo, para permitir que los deudores presentaran una propuesta anticipada de convenio, con un acuerdo previo, para la aprobación judicial en los concursos. No obstante, la Ley 38/2011¹³, de 10 de octubre, supuso un cambio significativo en los procedimientos preventivos extrajudiciales, al regular los acuerdos de refinanciación y reestructuración de deuda, así como los acuerdos extrajudiciales de pagos. La Ley 16/2022 de 5 de septiembre 2022¹⁴ estableció un nuevo mecanismo de planes de reestructuración e integró varios conceptos nuevos de la Directiva 2019/1023 como las clases de acreedores.

Hoy en día, los especialistas en insolvencia han ido reconociendo que el objetivo de mantener en funcionamiento una empresa puede, en ciertos casos, prevalecer sobre el principio del pago total a los acreedores, siempre y cuando, como mínimo, esta continuidad no coloque a los acreedores en una posición menos favorable que en un escenario de disolución y liquidación. Estas consideraciones han sido centrales en la

⁹ *Ordonnance du 12 mars 2014 a consacré trois nouveaux outils de traitement de la défaillance des entreprises (el « pre-pack » continuación, bautizado como copia de seguridad acelerada y el « pre-pack » cesión y recuperación profesional).*

¹⁰ *Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.*

¹¹ *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.*

¹² *Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.*

¹³ *Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.*

¹⁴ *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).*

implementación de las regulaciones preconcursales actuales tanto en España como en Francia.

En este estudio, nos centraremos exclusivamente en los mecanismos preconcursales presentes en Francia y España, siguiendo los respectivos regímenes posteriores a la transposición de la Directiva 2019/1023.

En particular, el presente trabajo tiene por objeto abordar el estudio actualizado de las herramientas a disposición de los deudores para evitar su declaración en concurso de acreedores mediante la remoción de su estado de insolvencia. Por lo tanto, cabe señalar que, aunque realizamos una comparación entre los sistemas francés y español, no abordaremos los mecanismos de derecho concursal transnacional ni las cuestiones de derecho internacional privado relacionadas con este tema. Nuestro enfoque se limitará a las regulaciones internas preconcursales de ambos países, integrando observaciones en un análisis global orientado a evaluar la eficacia de estos mecanismos para garantizar el rescate de empresas en dificultades.

El cambio de paradigma en la protección de acreedores en Europa ha pasado de priorizar su satisfacción inmediata a “favorecer la continuidad de la actividad empresarial”¹⁵ en situaciones de crisis. Esto implica que, aunque esta política fortalece el tejido económico local rescatando a las empresas con dificultades financieras, también introduce riesgos para los inversionistas, quienes ven reducidas sus garantías de recuperar el capital en caso de insolvencia. Como consecuencia, el sistema enfrenta un dilema entre estimular la economía mediante el respaldo a las empresas o proteger los derechos de los acreedores para mantener el atractivo financiero del mercado. Encontrar el equilibrio adecuado entre ambos intereses es crucial para garantizar tanto la estabilidad empresarial como la competitividad económica y legal en el ámbito de la Unión Europea.

¹⁵ De Cárdenas Smith, C. (2022). *Aproximación al régimen preconcursal de la reciente reforma concursal*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, (60), 29–45.

Por lo tanto, la presente obra se centrará en analizar la siguiente cuestión: ¿ cómo la interpretación de la Directiva 2019/1023 efectuadas por Francia y España permite lograr la preservación de la viabilidad de las empresas en sus territorios respectivos, sin expoliar a los acreedores de sus créditos ?

Tras analizar los sistemas preconcursales de Francia y España (1), veremos que las políticas jurídicas que han implementado dichos sistemas han favorecido la prevención para permitir una mayor satisfacción de los acreedores, (2), sin embargo, persisten oportunidades de mejora en estas regulaciones para facilitar y fortalecer la prevención de dificultades financieras, con el objetivo de asegurar un tratamiento más eficiente de las crisis empresariales (3).

1. Sistemas tendentes al rescate de las empresas

1.1. Rumbo a la unificación de los mecanismos preventivos : Directiva 2019/1023

En el marco del funcionamiento del mercado interior y de la política de integración económica entre los países de la Unión Europea, la adopción de políticas rectoras de los procedimientos concursales y preconcursales – *a través de normas derivadas de sus órganos* – ha permitido una unificación progresiva entre los distintos ordenamientos jurídicos de los países de la Unión Europea en materia de restructuración de empresas en situación actual, inminente o probable de insolvencia.

En efecto, en Francia, la Ley n°2005-845 del 26 de julio de 2005 sobre la “*sauvegarde des entreprises*” constituye el punto de inicio del paso de un derecho de quiebra coercitivo y obligatorio a un derecho de incitación y regulación de las empresas en crisis¹⁶. La Ley n.º 95-98, promulgada el 25 de enero de 1985, marcó una transición significativa del tradicional derecho de quiebra hacia un derecho enfocado en la gestión de empresas en dificultades, adoptando un enfoque más regulador que sancionador. No obstante, esta nueva regulación fue objeto de críticas por su insuficiente atención a los derechos de los acreedores, en particular, a su legítima expectativa de recibir el pago de sus créditos¹⁷

Las leyes del 1 de marzo de 1984 y del 25 de enero de 1985 consagraron el principio de que, en el proceso de rescatar una empresa en crisis, los acreedores debían asumir ciertos sacrificios, priorizando la preservación de la empresa como un valor superior, especialmente en aras a proteger el empleo¹⁸.

¹⁶ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.*; Smith, Carlos de Cárdenas. «APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN PRECONCURSAL DE LA RECIENTE REFORMA CONCURSAL», 2022.

¹⁷ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

¹⁸ Coquelet, M.-L. (2022). *Entreprises en difficulté* (7^e éd.). Dalloz

Francia ha liderado la evolución hacia mecanismos cuyo objetivo central es la conservación de las empresas. Este enfoque se ha materializado en la implementación de mecanismos preventivos (en derecho español, mecanismos “*preconcursoales*”).

El marco normativo actual del derecho de las empresas en crisis tiene sus raíces en la reforma de 1984-1985, pero ha sido objeto de numerosas modificaciones posteriores, con importantes reformas en 1994, 2005, 2014 y 2021. Todas estas disposiciones han sido codificadas en el libro VI del Código de Comercio francés (*artículos L. 610-1 y ss. ; R. 600-1 y ss. Com.*)¹⁹.

En cuanto a España, el legislador ha igualmente desarrollado mecanismos destinados a prevenir la declaración de concurso de acreedores, dando origen a una nueva rama del Derecho – desde la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal (*Ley Concursal original*) – conocida como *Derecho preconcursal*. En efecto, después haber mejorado los instrumentos que eran los acuerdos de refinanciación (Ley 38/2011), la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, implementó los acuerdos extrajudiciales de pago, y la reforma de la Ley Concursal de 2015 (Ley 25/2015) introdujo el famoso mecanismos del plan de reestructuración. Finalmente, la Ley 17/2023 de reforma de la Ley Concursal introdujo un nuevo sistema de preconcursal más accesible, facilitando la reestructuración mediante negociaciones previas sin la necesidad de recurrir a un concurso formal²⁰.

Estos mecanismos permiten – *en determinados casos* – eximir del cumplimiento del deber de solicitud de concurso (artículo 5 de la Ley Concursal), al igual que lo permite con ciertas condiciones el ordenamiento francés²¹.

¹⁹ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

²⁰ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.*

²¹ *Idem*

Desde la introducción en el ordenamiento jurídico español de los "*escudos protectores*"²² para la refinanciación de empresas en crisis, con el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, se ha producido una evolución normativa significativa en el ámbito preconcursal²³.

Dicha evolución del ordenamiento español ha sido últimamente fuertemente marcado – tanto como el francés – por la adopción de la Directiva 2019/1023²⁴. Dicha norma ha permitido una cierta uniformización de los sistemas legales en los diferentes países de la UE. "*Las reformas esenciales establecidas por esta directiva se refieren a varios aspectos:*

- *Los mecanismos y procedimientos preventivos de la insolvencia ;*
- *La creación de las categorías de partes afectadas y adopción de los planes de reestructuración ;*
- *La votación de los planes de reestructuración por los acreedores y tenedores de participaciones ;*
- *La validación de los planes de reestructuración por la autoridad judicial ;*
- *Las medidas de exoneración de deudas para la recuperación de los empresarios insolventes*"²⁵.

En España, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que reforma el texto refundido de la Ley Concursal aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, incorporó la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, introduciendo marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas, inhabilitaciones, y medidas para mejorar la eficiencia de los procedimientos de

²² Rebollo Díaz, Pedro. «Mecanismos preconcursales I: La comunicación». En *Introducción al derecho concursal*, 2023/03/05 ed., 50. Introducción al derecho concursal. J.M. Bosch Editor, 2023.

²³ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva "Reestructuración preventiva e insolvencia" de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.*

²⁴ Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) (Texto pertinente a efectos del EEE.)

²⁵ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva "Reestructuración preventiva e insolvencia" de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.*

insolvencia y reestructuración. En Francia, dicha transposición de la normativa europea se ha realizado por l'*Ordonnance* de 2021²⁶.

Hasta entonces había una clara diferencia entre el enfoque de la penalización de las quiebras entre el Derecho anglosajón y el Derecho continental. Eso se debe a una concepción doctrinal distinta. En efecto, las mencionadas doctrinas se oponen sobre el concepto mismo de empresa²⁷. La concepción continental de dicha noción de empresa se caracteriza por ser un centro de intereses institucionales, y la sociedad solo consiste en un traje legal, mientras que en la concepción anglosajona, se considera más como el nudo de los contratos²⁸.

Por lo tanto, la concepción anglosajona no atribuye un elemento colectivo a la empresa, más bien concibiéndola como un punto de encuentro entre los acreedores y los deudores. Dicha concepción individualista hace primar la satisfacción del pasivo sobre el rescate de la empresa²⁹. El Derecho que conocemos en nuestros sistemas continentales considera que detrás de la empresa no están solamente intereses individuales, sino también intereses convergentes en torno al beneficio del mantenimiento de la actividad económica³⁰.

La Directiva 2019/1023 refleja una convergencia entre estos dos enfoques. Mientras que los sistemas inspirados en la Common Law también se están orientando hacia el rescate de las empresas, los sistemas de derecho continental, aunque siguen centrados en preservar la actividad empresarial, han experimentado reformas para mejorar la protección de los acreedores. De hecho, esta directiva, adoptada el 20 de junio de 2019, tiene como objetivo “*definir los nuevos equilibrios del derecho de las empresas en dificultades, particularmente en lo que respecta a la reestructuración preventiva*”.

²⁶ *Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.*

²⁷ Rebollo Díaz, Pedro. «Mecanismos preconcursales I: La comunicación». En *Introducción al derecho concursal*, 2023/03/05 ed., 50. *Introducción al derecho concursal*. J.M. Bosch Editor, 2023

²⁸ M. C. Jensen et W. H. Meckling, « *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure* », *Journal of Financial Economics*, vol. 3, octobre 1976, p. 305 ; G. Farjat, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 78 ; A. Couret, « *Le gouvernement d'entreprise, la corporate governance* », D., 1995, p. 164.

²⁹ G. Farjat, *Pour un droit économique*, p. 80

³⁰ J. Paillusseau, « *Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^e siècle* », D., 2003, p. 268

1.2. Las interpretaciones franco-españolas del marco europeo

1.2.1. Transposición francesa

Antes de la transposición de la Directiva 2019/1023 en el ordenamiento francés, existían los dos mecanismos de prevención franceses que son el procedimiento de conciliación (art. L. 611-4 Com.) y el mandato ad hoc (art. L. 611-3 Com.)³¹. La conciliación es confidencial y *semicolectivo*³². Este instrumento se limita a los acreedores principales del deudor y éste será el que determinará los acreedores implicados. En efecto, la conciliación se caracteriza por la ausencia de inhibición del deudor *in bonis*. Dicho deudor será el único con la capacidad de iniciar tal procedimiento negociado – aunque marcado por una intervención judicial clara, permitiendo un cierto control al objeto de generar la confianza de los acreedores en el mecanismo³³.

Se podrá ordenar la suspensión de las ejecuciones para ciertos créditos y por un tiempo definido, a petición del deudor. El objetivo a de dichos mandatos amistosos es permitir la negociación con los acreedores bajo el principio de libertad contractual, pero, con la inmisión de un cierto carácter judicial ya que se nombra judicialmente un conciliador o mandatario nombrado por el presidente del tribunal competente, con la apertura judicial del procedimiento de negociación³⁴.

El proceso de conciliación se limita a un periodo de 4 meses que se termina de pleno Derecho una vez transcurrido dicho plazo, con una posibilidad de pedir una prórroga de 1 mes suplementario (art. L. 611-6 Com.). Debe remarcarse que nada impide al acreedor entablar una acción de reclamación de pago contra el deudor aunque haya una negociación, incluso la conclusión de un acuerdo (*Civ. 3, 10 de diciembre de 2008*).

³¹ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España*.

³² *Idem*

³³ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

³⁴ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España*.

El mandato *ad hoc* es “un instrumento que permite la asistencia de algún profesional nombrado a solicitud del deudor para un mandato sin limitación legal de tiempo sin desapoderamiento del deudor”³⁵, lo que la distingue de la del conciliador. El nombramiento del mandatario *ad hoc* no implica el desapoderamiento / inhabilitación de los administradores de la deudora³⁶. El legislador quiere promover tanto dicho mecanismo que se prohíbe toda cláusula o pacto contractual que conlleve una prohibición de concertar dicho mandato *ad hoc* (art. L. 611-3 Com.).

No hay ni suspensión general de la exigibilidad de los créditos o de las ejecuciones. No obstante, *l’Ordonnance* del 15 de septiembre de 2021 prevé la posibilidad de exigir plazos de espera de hasta dos años a ciertos acreedores que no cooperantes³⁷.

En efecto, el deudor puede pedir al juez que la persona que lo haya presentado puede hacer valer el artículo 1343-5 del Código Civil francés contra un acreedor que haya incumplido o perseguido, o que no haya aceptado, en el plazo fijado por el conciliador, la solicitud por este último suspender la exigibilidad del crédito. En este último caso, el juez podrá aplazar o escalonar la liquidación de créditos no vencidos, dentro del límite de la duración de la misión del conciliador (L. 611-7, al. 5). Por lo tanto, el sistema se asemeja a una especie de suspensión de las ejecuciones, durante las negociaciones de conciliación³⁸.

El hecho de que el Presidente que inició el procedimiento de conciliación pueda conceder esos plazos, y no la competencia del tribunal ordinario, permite mantener la confidencialidad.

Tenemos que subrayar la doble naturaleza de los mandatos amistosos. En efecto, dichos procedimientos preventivos son contractuales y se basan en la negociación voluntaria y

³⁵ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.*

³⁶ *Idem*

³⁷ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

³⁸ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.*

consentida tanto por el deudor (que no se encuentra desapoderado) como sus acreedores, pero, la homologación del acuerdo le da carácter judicial (art. L. 611-8 Com.). La autoridad judicial asume un rol clave nombrando al mandatario ad hoc³⁹.

Tanto la conciliación como el mandato ad hoc permiten llegar a un acuerdo, fruto de negociaciones acompañadas por el conciliador o mandatario, o sea, con la asistencia de un profesional (L. 611-3 y L. 611-7 Com.) quién actúa bajo la supervisión del tribunal⁴⁰.

Podemos notar que en unos casos (*“prepack”*), la conciliación constituye la fase preliminar del “procedimiento de salvaguardia acelerada” (*“sauvegarde accélérée”*⁴¹). Es necesario que el *prepack* sea considerado como serio y suficientemente pertinente para que pueda llegar a dicho procedimiento de *“sauvegarde accélérée”* y que el tribunal imponga el plan a los acreedores recalcitrantes⁴².

Notamos que los procedimientos de prevención amistosos se pueden iniciar por el deudor hasta 45 días después de la constatación de lo que sería la insolvencia actual de la empresa. Si traspasa el plazo, se tendría que recurrir a un procedimiento concursal⁴³.

El marco de los procedimientos amistosos preventivos no permitirá realizar la enajenación de una rama de actividad, pero puede ayudar en la preparación de la cesión de la actividad con el *“prepack cession”*. Una vez elaborado el plan de cesión de la empresa, corresponde al juez iniciar un procedimiento colectivo concursal, de carácter judicial y público, para su aprobación⁴⁴.

Finalmente, el Ministerio Público interviene en caso de homologación (abierta solamente a los procedimientos de conciliación) (art. L. 611-9 Com.), que queda opcional, permitiendo de obtener efectos propios a dicha homologación. En otros casos, las partes

³⁹ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

⁴⁰ *Idem*

⁴¹ La « *sauvegarde accélérée* »

⁴² F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

⁴³ Coquelet, M.-L. (2022). *Entreprises en difficulté* (7^e éd.). Dalloz

⁴⁴ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.*

al procedimiento de conciliación solo estarán sometidas al derecho común de los contratos o pueden optar por una constatación judicial⁴⁵.

1.2.2. Transposición española

La transposición de la directiva 2019/1023 ha permitido un cambio drástico en los instrumentos de prevención implementados por el legislador español.

La Ley Concursal 22/2003, en vigor desde 2004, fue modificada por el Real Decreto-Ley 3/2009 y la Ley 38/2011 para permitir propuestas anticipadas de convenio por parte de los deudores y para introducir cambios relevantes en los “*acuerdos preventivos de refinanciación, reestructuración de deuda y pagos extrajudiciales*”⁴⁶.

La dicha Ley 22/2003 estuvo en vigor hasta el 1 de septiembre de 2020, cuando fue reemplazada por el Real Decreto-Ley 1/2020, de 5 de mayo, conocido como “*Texto Refundido de la Ley Concursal*” (TRLR). Este nuevo texto marcó una primera reforma del régimen anterior con el objetivo de incorporar las novedades de la Directiva 2019/1023. Es con la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que se ha plenamente adaptado la legislación española a las disposiciones de la Directiva antes mencionada, introduciendo novedades tanto procedimentales como de Derecho material⁴⁷.

En efecto, al nivel procedural, se estableció un mecanismo para que las empresas puedan informar al juez que están negociando con sus acreedores y un procedimiento más ágil para microempresas⁴⁸.

Al nivel sustancial, se creó un nuevo plan de reestructuración que sustituye los antiguos acuerdos de refinanciación y pagos extrajudiciales, y se reformaron las condiciones para

⁴⁵ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

⁴⁶ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España*.

⁴⁷ *Idem*

⁴⁸ *Idem*

perdonar deudas, manteniéndose esta posibilidad también para particulares sin actividad empresarial, a pesar de no ser un requisito de la normativa europea⁴⁹.

Aunque los procedimientos preventivos (comunicación) se caracterizan por el desarrollo de negociaciones, lo más singular es que conocen de un carácter judicial. En efecto, como lo subraya Carlos de Cárdenas Smith (*Abogado de Uría Menéndez*), “el antiguo art. 5 bis LC exigía al deudor haber iniciado las negociaciones para poder realizar la comunicación, [sin embargo] el actual art. 585 LC precisa que no es necesario que las negociaciones se hayan iniciado. Por lo cual, el legislador prevé que el deudor deberá “*comunicar al juzgado [...] la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato*” : por tanto, está “totalmente en manos del deudor iniciar o no este proceso”⁵⁰. Notamos que dicho deudor responde de un presupuesto subjetivo, tal que se trata de una persona que desarrolla una actividad empresarial o profesional (artículo 583.1 LC).

El artículo 586 TRLC introduce un cambio significativo respecto al modelo anterior, ya que ahora requiere que la comunicación se acompañe de un extenso conjunto de documentos e información. Entre ellos, se requiere la comunicación de “*cualquier circunstancia existente o que pueda sobrevenir susceptible de afectar al desarrollo o al buen fin de las negociaciones*” (586.1.4° LC), lo que podría mejorarse – según la doctrina – identificando las circunstancias conocidas en el momento de la comunicación y que hubiera tenido que conocerse (Pedro Rebollo Díaz)⁵¹. Además, notamos que el apartado 5° del mismo artículo no exige la comunicación de un balance de situación individual por cuentas y subcuentas, sino simplemente el importe de activo y pasivo, lo que es mucho menos fiable.

⁴⁹ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.*

⁵⁰ Carlos de Cárdenas Smith, *Abogado del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)*, «APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN PRECONCURSAL DE LA RECIENTE REFORMA CONCURSAL», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, septiembre-diciembre de 2022, pp. 29-45.

⁵¹ Rebollo Díaz, P. (2023). *Mecanismos concursales I: La comunicación. En Introducción al derecho concursal* (pp. 35–50). vLex. <https://vlex.es/vid/mecanismos-preconcursoales-i-comunicacion-924078092>

Finalmente, el artículo 586.1.6º LC requiere que se transmita una lista de los bienes y derechos que se consideran necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional⁵². Conforme a la jurisprudencia, se tratan de todos los bienes destinados al servicio de la actividad profesional o empresarial (...) incluyendo, entre otros, el metálico, siempre que resulte no excedente y cuyo flujo sea utilizado para si reinversión o actividad ordinaria de la empresa (*AP Barcelona (Sección 11), 26 de febrero de 2007*)⁵³.

La transmisión de esas informaciones parece obstaculizar el acceso al proceso. A título comparativo, los mecanismos franceses solo necesitan que sean constatadas dificultades por parte de la empresa en una “*requête*” dirigidas al juez, en la que se prevén unas pautas para resolver las dificultades, sin que sea necesario hacer constar tantos elementos como lo requerido en el caso de la comunicación española. Eso es – seguramente – en desfavor de la atraktividad de los mecanismo preventivos españoles⁵⁴.

La exposición de motivos de la Ley 16/2022 define los instrumentos preconcursales como “*mecanismos ágiles, con una intervención limitada de la administración judicial, orientados a facilitar acuerdos entre empresas viables y sus acreedores, preferentemente en etapas tempranas de dificultades financieras*”. Dicha visión proviene del considerando 29 de la Directiva 2019/1023.

La comunicación permite que “*hasta que transcurran 3 meses a contar desde la presentación de la comunicación, los acreedores no puedan iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor*” (artículo 600 TRLC). Dicho periodo podría prorrogarse conforme a las disposiciones del artículo 607 TRLC.

⁵² Arribas Tomé, A. (2023). *Instrumentos preconcursales: planes de reestructuración (Trabajo de Fin de Grado, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Valladolid)*. Tutelado por Ángel Marina García-Tuñón.

⁵³ Baró Casals, A. (). *Jurisprudencia concursal sistematizada. Tomo I: artículos 1 a 73*.

⁵⁴ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España*.

Los efectos de la comunicación no permiten la afectación de las facultades de administración y disposición (mismo en presencia de un experto)⁵⁵. Asimismo, al igual que en el derecho francés, se protege al deudor frente a cláusulas que estipulen la suspensión, modificación o resolución anticipada del contrato por el inicio de la comunicación, o por la solicitud de suspensión de acciones y procedimientos de ejecución, así como en situaciones análogas⁵⁶.

Existe también un mecanismo que parece bastante a la salvaguardia acelerada francesa (“*sauegarde accélérée*”) : el **plan de reestructuración**. Es igualmente un instrumento con carácter semicolectivo (fase contractual y de homologación)⁵⁷. Dicho mecanismo puede tanto se iniciado por el deudor mismo, o por los acreedores que pueden pedir al juez el nombramiento de un experto.

El plan de reestructuración se parece mucho a la salvaguardia francesa, apareciendo como un mecanismo igualmente semicolectivo. “*Se consideran planes de reestructuración los que tengan por objeto la modificación de composición, condiciones, o estructura del activo y pasivo del deudor o sus fondos propios incluidas la totalidad de la empresa en funcionamiento y el cambio operativo necesario*” (artículo 614 TRLC). Dicho instrumento vendrá afectar a los acreedores titulares de los créditos afectados aunque no votaron a favor del plan⁵⁸ (artículo 615 TRLC) y brinda protección a los acreedores que apuesten dinero en reestructuración por inyección de nuevos fondos, tal como en el marco de la conciliación antes mencionada⁵⁹.

⁵⁵ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España*.

⁵⁶ Idem

⁵⁷ Geli Fernández-Peñaflor, E., & Arlabán Gabeiras, B. (2022). Los planes de reestructuración. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (59), 30–70.

⁵⁸ Gutiérrez, A. (2024). La agrupación en clases de créditos para la homologación de planes de reestructuración: Relevancia y criterios legales. *Diario La Ley*.

⁵⁹ Cf. 2.1.3. Planes de reestructuración españoles (para un análisis más profunda del carácter semicolectivo del instrumento)

En los mecanismos preconcursales se contempla tanto la posibilidad de recurrir a una simple moratoria, un fraccionamiento, pero también, o una conversión de créditos en participaciones⁶⁰.

Tanto en la fase de precurso como en caso de utilización del plan de reestructuración, es posible incluir en un acuerdo de enajenación bajo una regulación detallada sobre la cesión de unidades productivas⁶¹.

Tanto en Francia como en España es posible negociar acuerdos con las autoridades fiscales respecto a sus créditos. En Francia, estas autoridades se reúnen con los jefes de los servicios correspondientes (en el marco de un “cochef” [artículo L. 626-26 Com.]) para tomar decisiones sobre posibles quitas y plazos de espera. Cabe destacar que el objetivo no es trasladar íntegramente a las autoridades públicas la carga del rescate de la empresa ; por ello, las decisiones sobre quitas o esperas se evalúan teniendo en cuenta el comportamiento esperado de un acreedor privado. En España, para que se pueda afectar a los créditos públicos, se establece un doble requisito : el deudor tiene que estar al corriente de sus pagos con la AEAT y TGSS cuando se abren las negociaciones y cuando se solicita la homologación del plan, y el plazo entre la fecha de devengo del crédito y de la presentación de la comunicación tiene que ser inferior a dos años⁶².

En el marco de la utilización de los mecanismos preconcursales, el deudor no es desapoderado. Sin embargo, a diferencia del régimen francés, donde solo el deudor puede solicitar el uso de instrumentos preconcursales⁶³, en España, los acreedores también tienen legitimidad para presentar un plan de reestructuración.

⁶⁰ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.*

⁶¹ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.*

⁶² *Idem*

⁶³ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

Observamos que, pese a la naturaleza negociada de los instrumentos mencionados, estos mecanismos se caracterizan por la intervención de la autoridad judicial (aunque restringida), que les confiere el carácter judicial propio de dichos procedimientos⁶⁴.

En efecto, un experto en reestructuración sólo será designado en el marco del instrumento preconcursal cuando lo solicite el deudor, acreedores representando más del 50% del pasivo afectado por el plan de reestructuración en el momento de la solicitud, o el juez. Este último podrá ordenarlo si aprecia que el nombramiento sería necesario para asegurar la protección de los intereses de las partes afectadas por la suspensión⁶⁵. El nombramiento será obligatorio si el plan afecta los derechos de los socios o acreedores disidentes.

Dicho experto tendrá una función de apoyo tanto para el deudor como los acreedores, y también les asistirán durante la elaboración del plan. También, presentará al juez los informes previstos en la Ley⁶⁶. Pese al nombramiento de un experto en reestructuración, no se afectarán las facultades de administración y disposición del deudor sobre los bienes y derechos que componen su patrimonio tal como se mencionaba antes.

El Juzgado de lo Mercantil que ha conocido del procedimiento de comunicación previa tendrá competencia para homologar el plan. Pero su rol es más amplio ya que desempeña funciones clave en el procedimiento preconcursal, admitiendo al deudor en el procedimiento, designando al experto y administrador concursal, ratificando las medidas provisionales, autorizando nuevas financiaciones, aprobando el convenio votado favorablemente por los acreedores y resolviendo las impugnaciones contra la homologación⁶⁷.

⁶⁴ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

⁶⁵ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.*

⁶⁶ Idem

⁶⁷ Idem

Una vez comunicado el inicio de las negociaciones al juez la apertura de negociaciones, – en regla general – se suspenden automáticamente durante 3 meses las ejecuciones sobre bienes esenciales para la actividad empresarial, salvo que el deudor pida una prórroga⁶⁸.

En caso de plan de reestructuración, será necesaria la homologación del plan para que se pueda extender los efectos de este "*a acreedores o clases de acreedores que no hubieran votado a favor del plan, o a los socios del deudor persona jurídica*" (art. 635 TRLC). Durante el tiempo de decidir sobre la homologación, se prohibirá las ejecuciones judiciales o extrajudiciales contra los bienes del deudor, así como la suspensión de las ejecuciones ya iniciadas⁶⁹.

Observamos que la suspensión de las ejecuciones no será aplicable a los procedimientos iniciados por acreedores públicos, ya que estos constituyen una categoría de acreedores excluidos de la suspensión de ejecuciones individuales.

Desde una perspectiva comparada, y siguiendo la dinámica de este análisis, cabe destacar que en el sistema francés de conciliación se permite no homologar el acuerdo alcanzado. Esto ofrece a las partes la alternativa de optar por limitarse al acuerdo con valor obligatorio, o la constatación del acuerdo, que genera efectos diferentes pero igualmente proporciona una validación formal que otorga al acreedor seguridad respecto a lo pactado, además de un título ejecutivo. En contraste, en el sistema español, la homologación no es opcional, sino un requisito indispensable para dotar de efectividad a lo negociado⁷⁰.

Finalmente, se puede obtener una prorrogación de la suspensión de las ejecuciones hasta 3 meses si lo hubiera solicitado el deudor o acreedores con al menos el 50 % del pasivo afectado. También, se debe acreditar la negociación y, si hay experto, aportar su informe

⁶⁸ Idem

⁶⁹ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.*

⁷⁰ De Cárdenas Smith, C. (2022). *Aproximación al régimen preconcursal de la reciente reforma concursal. Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (60), 29–45.

favorable. Si no se concede o se levanta la suspensión, las ejecuciones pueden reanudarse pasados los 3 meses o antes si el juez determina que los bienes no son esenciales⁷¹.

2. Políticas jurídicas favoreciendo la prevención para una mayor satisfacción de los acreedores

Podemos destacar de lo expuesto anteriormente que los instrumentos preconcursales, tanto en España como en Francia, no están diseñados para brindar una protección desmedida al deudor. Aunque la dinámica europea se orienta hacia el rescate empresarial, esto no implica un desconocimiento o menoscabo de los intereses de los acreedores. En efecto, *“se trata de salvar lo salvable, de sanar lo sanable, y no de mantener a ultranza organismos inertes que han dejado de ser productivos”*⁷².

Esta concepción razonable, por su moderación, se desprende de los instrumentos semicolectivos que combinan la flexibilidad de la negociación para facilitar el rescate de la empresa en la mayor medida posible, con el hecho de solucionar el problema que constituyen los acreedores disidentes. Se permite una mejor atractividad de los sistemas francés y español por la fusión de la flexibilidad preconcursal y la resolución abrupta (pero simplificadora) de los procedimientos concursales cuando lo requiere el interés general de las partes afectadas por el plan (2.1.), favoreciendo así una mayor eficacia de los mecanismos y su popularidad (2.2.).

2.1. Una "fusión" de los mecanismos preconcursales y concursales

⁷¹ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.*

⁷² Laura González Pachón (2021), *Desprivatización y desjudicialización del derecho de insolvencia* (Olivencia Ruiz).

Cuando se habla de mecanismos preconcursales, originalmente se hacía referencia a herramientas que podían emplearse antes de que se produjera una situación de insolvencia, es decir, antes de que concurriese una cesación generalizada de pagos por parte del deudor. Pero, ahora, nuestros sistemas están marcados por instrumentos fruto de una fusión entre el carácter negociado de los procedimientos amistosos y el carácter intervencionista de los procedimientos concursales. Esta combinación tiende a lograr una eficacia máxima de la reestructuración iniciada. Este enfoque se refleja en el principio anglosajón del "*prepack*", que aprovecha la libertad de negociación de los mecanismos preconcursales para ofrecer mayor flexibilidad en la elaboración de propuestas y modelos destinados a salvar la empresa. Posteriormente, mediante un procedimiento de naturaleza concursal, permite imponer el plan de reestructuración negociado a los acreedores disidentes, quienes de otro modo no habrían aceptado el plan a través de una negociación convencional.

Tanto España como Francia cuentan con mecanismos basados en la dinámica del "*prepack*" : la "*procédure de sauvegarde accélérée*" en Francia (1) y los planes de reestructuración en España (2).

2.1.1. La "*procédure de sauvegarde accélérée*" francesa

La tesorería de una empresa que se encuentra en situación de insolvencia actual suele estar gravemente deteriorada. En estas circunstancias, la negociación y elaboración de un plan de reestructuración se vuelven especialmente complicadas. Por ello, recurrir al "*prepack*" dentro del marco de una "*procédure de sauvegarde accélérée*" resulta una solución eficaz para evitar una situación de urgencia⁷³. Este procedimiento de salvaguardia acelerada se activa únicamente cuando ya se ha definido la estructura general de la reestructuración, permitiendo que el plan sea homologado en los términos previamente acordados durante las negociaciones amistosas que constituyen el *prepack*.

⁷³ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

En efecto, si los procedimientos puramente amistosos como la conciliación – anteriormente mencionado en este trabajo – tiene la gran debilidad de necesitar el acuerdo unánime de todos los acreedores, el procedimiento concursal que constituye la "procédure de sauvegarde accélérée" permite la restructuración, decidida por el tribunal imponiendo a los acreedores disidentes el sometimiento al plan que no hubieran aceptado fuera del procedimiento concursal⁷⁴. Si el plan pactado está considerado por el juez como suficientemente pertinente, permitirá la homologación a través de la "procédure de sauvegarde accélérée". Es importante señalar que, para recurrir a la institución que constituye el presente procedimiento, será indispensable acudir a las clases de acreedores, o más precisamente a las "*classes de parties affectées*" (cf. infra).

No obstante, aunque se establezca una disciplina colectiva para los acreedores y se produzcan los mismos efectos reales, a diferencia de los procedimientos puramente concursales, estos sólo se aplicarán a las partes involucradas en el plan "pre-pactado"⁷⁵.

Cabe destacar que, a diferencia de los procedimientos preconcursales amistosos como la conciliación y el mandato ad hoc en el sistema francés, el presente procedimiento semi-concursal se considera un procedimiento de insolvencia en el sentido del Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia. Por ello, es un mecanismo reconocido en la normativa de los demás países de la Unión Europea en cuestiones de derecho internacional privado (aunque estas quedan fuera del alcance de este trabajo)⁷⁶.

La peculiaridad de dicho procedimiento de "sauvegarde accélérée" es que será abierto con la solicitud del deudor que se encuentra en un procedimiento de conciliación y que justifica haber elaborado un proyecto del plan de estructuración que permite asegurar la continuidad de la empresa⁷⁷. Debe contar con un respaldo lo suficientemente amplio como

⁷⁴ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

⁷⁵ *Idem*

⁷⁶ *Idem*

⁷⁷ Artículo L.628-1 del Código de comercio francés

para que resulte plausible la adopción del plan en un plazo de 2 meses, prorrogable por una vez⁷⁸. Si no se respetan esos plazos, se terminará el procedimiento.

Es el carácter negociado, planificado y previsible lo que brinda tranquilidad a los acreedores y minimiza las pérdidas significativas asociadas a los procedimientos concursales, al reducir el tiempo necesario para alcanzar un acuerdo. Asimismo, podemos afirmar que este procedimiento está restringido, ya que no es compatible con una falta de información contable. En efecto, solo las empresas que cuenten con cuentas certificadas por profesionales (*commissaire aux comptes* o *expert-comptables*) tienen la posibilidad de acceder a este procedimiento⁷⁹.

2.1.2. Los planes de reestructuración españoles

En el caso de los planes de reestructuración, aquí también el sometimiento a los planes vendrá determinado por sus efectos. El procedimiento impactará a los acreedores titulares de los créditos afectados, incluso si no votaron a favor del plan (615 TRLC). Esto implica que se recurre, en primer lugar, a una negociación previa (ya sea mediante comunicación o no) y, posteriormente, se impone a los acreedores cuyos créditos se ven alterados por el plan pre-pactado⁸⁰.

Al igual que en el derecho francés, los créditos afectados son aquellos cuyo contenido experimenta cambios en sus condiciones o términos (como la fecha de vencimiento, modificación del principal o los intereses...) dentro del “*prepack*” acordado mediante la vía negociada.

En este caso, también se recurrirá a la clasificación de los acreedores, al igual que en la “*procédure de sauvegarde accélérée*” (cf. infra). La constitución de dichas clases puede ser verificada por el juez mediante un procedimiento de confirmación judicial de las

⁷⁸ Artículo L.628-8 del Código de comercio francés

⁷⁹ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

⁸⁰ Gutiérrez Gilsanz, A. (2024). *La agrupación en clases de créditos para la homologación de planes de reestructuración: Relevancia y criterios legales*. *Diario LA LEY*, (10461), Sección Tribuna.

mismas (opción que la Ley concede tanto al deudor como a los acreedores interesados). *“Cualquiera de los legitimados podrá solicitar la confirmación de una o varias clases al juez competente para conocer de la homologación del plan”*⁸¹. La decisión del juez se adoptará mediante sentencia, de acuerdo con el artículo 626.3 del TRLC.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 615 del TRLC, los planes de reestructuración que extiendan sus efectos a acreedores o socios disidentes, así como aquellos que busquen *“proteger los actos, operaciones o negocios relacionados con el contexto del plan (artículo 615.2 TRLC)”*⁸², deben ajustarse necesariamente a la normativa prevista en la normativa concursal. En estos casos, es imprescindible su homologación, conforme al artículo 635 TRLC⁸³.

“Si el deudor fuera una persona jurídica, la homologación del plan de reestructuración requerirá que haya sido aprobado por los socios legalmente responsables de las deudas sociales” (artículo 640.2 TRLC).

En primer lugar, entendemos que, si el acuerdo alcanzado con los socios en la fase de negociación previa cumple con los requisitos legales y es aprobado por las partes relevantes, puede no ser necesario someterlo nuevamente a la junta de socios para su aprobación formal en el momento de la homologación. Esta pre-ratificación del plan permite evitar un cambio de última hora y refuerza la seguridad jurídica del procedimiento. Este mecanismo también se encuentra en el caso del procedimiento de *“sauvegarde accélérée”* expuesto anteriormente⁸⁴.

En segundo lugar, esto nos lleva a abordar uno de los aspectos más delicados: el papel de los socios cuando el plan de reestructuración impacta directamente en sus derechos, por ejemplo, mediante operaciones como ampliaciones de capital, reestructuraciones

⁸¹ Art. 626.1 TRLC

⁸² De Cárdenas Smith, C. (2022). *Aproximación al régimen preconcursal de la reciente reforma concursal*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (60), 29–45.

⁸³ De Cárdenas Smith, C. (2022). *Aproximación al régimen preconcursal de la reciente reforma concursal*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (60), 29–45

⁸⁴ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

societarias o venta de activos clave, que normalmente necesitarían su aprobación según las normas societarias habituales⁸⁵.

En este punto, la Directiva permite distintas interpretaciones, y la legislación española ha optado por una vía novedosa respecto al régimen anterior: concede a los socios derecho de voto cuando el plan afecta a sus intereses, pero autoriza que se apruebe incluso sin su consentimiento en situaciones de insolvencia actual o inminente, con el objetivo de frenar maniobras abusivas que benefician injustamente a los socios a costa de los acreedores⁸⁶. Para ello, se sigue aplicando las reglas aplicables a cada tipo societario, pero con ajuste específicos que favorecen la aprobación del plan⁸⁷. Esta concepción española es casi idéntica a la recogida en el texto de transposición francés.

Además, es importante resaltar un aspecto del régimen español que podría sorprender a un jurista francés, muy comprometido con el derecho de propiedad : el artículo 631.4 TRLC establece que el derecho de adquisición o asunción preferente (como el derecho de suscripción a nuevas acciones por parte de los socios o la asunción de nuevas participaciones) solo se aplicará en caso de insolvencia probable. Por lo tanto, en caso de insolvencia inminente, no podría oponerse a la entrada de otra persona en el capital social.

No obstante la posibilidad para los acreedores de iniciar un procedimiento preconcursal en derecho español, en casos de insolvencia inminente, el deudor sigue estando en una situación en la que puede hacer frente a sus obligaciones. Esto implica una verdadera intervención en el derecho de propiedad de los socios, sin justificación aparente (unos hablarían de expropiación). En comparación, en el procedimiento de “sauvegarde accélérée”, que requiere que el deudor esté desarrollando un procedimiento de conciliación, solo dicho deudor podrá solicitar la apertura del procedimiento

⁸⁵ *elEconomista*. (2021, 11 de agosto). Guía de la reforma concursal (VI): El nuevo juego de mayorías en el plan de reestructuración. <https://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/11355808/08/21/Guia-de-la-reforma-concursal-VI-El-nuevo-juego-de-mayorias-en-el-plan-de-reestructuracion.html>

⁸⁶ Sanjuán, E. (2023). *Los acuerdos societarios de los planes de reestructuración*. *Anuario de Derecho Concursal*, (58), Sección Estudios. Civitas

⁸⁷ Sanjuán, E. (2023). *Los acuerdos societarios de los planes de reestructuración*. *Anuario de Derecho Concursal*, (58), Sección Estudios. Civitas

preconcurso. Así, el plan no tendría que excluir su derecho de preferencia en casos de reducción del capital a cero seguida de un aumento del mismo (conocido en Francia como el “*coup d’accordéon*”)⁸⁸.

2.2. La eficacia de los mecanismos concursales

La eficacia de los mecanismos concursales pasa principalmente por la utilización de incentivos (1), lo que permite una cierta competitividad de los derechos francés y español (2).

2.2.1. Incentivos para el uso de los mecanismos concursales

Tanto Francia como España los legisladores han fomentado la utilización de los mecanismos concursales por el carácter discrecional que concede a dichos mecanismos (1), permitiendo la salvaguardia del imagen de la empresa frente a los terceros. Si el carácter secreto de la fase concursal beneficia principalmente a los deudores, los procedimientos concursales representan un riesgo que amenaza tanto al deudor en situación de crisis como a la satisfacción de los acreedores incentiva ciertamente el uso de los mecanismos concursales (2). Complementariamente, se prevén en nuestras normativas incentivos más bien puntuales (3).

⁸⁸ Podría plantearse la posibilidad de que los dirigentes de una sociedad, encargados de proponer un plan de reestructuración en representación de la entidad deudora, optaran por excluir a los socios y formular un plan que afectara el derecho de preferencia. En el derecho francés, dicho derecho de preferencia está limitado a situaciones de aportaciones monetarias y no se aplica en caso de aportaciones en especie. Por ello, sería viable priorizar la entrada de terceros al capital social mediante mecanismos como la conversión de deuda en acciones, favoreciendo así la participación de nuevos actores en la estructura societaria. En derecho español, se prevé igualmente que, en caso de compensación de créditos (artículo 301 LSC), el derecho de suscripción o asunción preferente no existe (F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF).

2.2.1.1. La discrecionalidad y la publicidad de los mecanismos

El principal inconveniente que podría generar la publicidad es el temor y las interpretaciones que puedan hacer los actores económicos con los que la empresa lleva a cabo su actividad profesional. En efecto, aquellos que tienen relaciones comerciales con la empresa, al saber que se ha iniciado un procedimiento preconcursal, podrían perder confianza en la empresa deudora y mostrarse reacios a contratar con ella⁸⁹.

Este problema es especialmente grave, ya que el objetivo del procedimiento es precisamente preservar la continuidad de la actividad empresarial sin interrupciones. Sin embargo, esta continuidad puede verse comprometida, dado que la publicidad del procedimiento tiende a deteriorar la confianza en el crédito de la empresa. Esto resulta particularmente problemático en casos de apertura de procedimientos concursales o colectivos, ya que evidencian las dificultades del deudor y, al mismo tiempo, pueden contribuir a agravarlas⁹⁰.

Es la razón por la cual, en Francia, los procedimientos preconcursales, y las negociaciones para llegar a un acuerdo amistoso para solucionar las dificultades económicas de la empresa, se encuentran fuera de un procedimiento concursal son procedimientos confidenciales.

En derecho francés, la aprobación de un acuerdo amistoso solo conlleva la publicación de la resolución judicial, y la ley prohíbe divulgar cualquier información del procedimiento para asegurar la confidencialidad (art. L. 611-15 del Código de Comercio). En derecho español, también se pide el mantenimiento de una cierta confidencialidad sobre estos procedimientos⁹¹.

⁸⁹ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

⁹⁰ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

⁹¹ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.*

Notamos que esta protección de la confidencialidad del procedimiento preconcursal es muy amplia en Francia. En efecto, si ya no existen sanciones penales para penalizar la violación del deber de confidencialidad en derecho francés, se ha establecido una responsabilidad civil bastante rígida⁹².

Tal como lo explica el Profesor François-Xavier Lucas⁹³, “la preocupación por preservar la confidencialidad justificó la casación, con fundamento en los artículos 10 § 2 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y el artículo L. 611-15, de una decisión de una *Cour d’Appel* que había considerado que la revelación por parte de un periodista de la existencia de un mandato ad hoc no constituía un perjuicio manifiestamente ilícito⁹⁴. La única excepción a la confidencialidad que la *Cour de cassation* reconoce se encuentra en la existencia de “*un debate de intérêt général*”⁹⁵.

No obstante, el Profesor François-Xavier Lucas subraya que la invocación de un debate de interés general debe ser excepcional, y cualquier impacto en la confidencialidad derivado de ello debe mantenerse estrictamente limitado⁹⁶.

En España no se prevén sanciones por la violación de la confidencialidad. Una vez que el juez emite una resolución autorizando la comunicación (artículo 588 TRLC), esta va acompañada de la publicidad de la resolución del LAJ en el Registro Público Concursal, salvo que se solicite su carácter reservado (artículo 591 TRLC), lo cual tampoco conlleva sanción alguna en caso de incumplimiento⁹⁷. Además, subrayamos que el problema va más allá de eso: en efecto, el deseo de mantener cierta confidencialidad siempre cederá ante el nombramiento del experto restructurador ya que se publica en todo caso dicho nombramiento tal como lo explicamos luego.

⁹² F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

⁹³ *Idem*

⁹⁴ Cass. com., 15 de diciembre de 2015, n° 14-11500 ; F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

⁹⁵ Cass. com., 13 de febrero de 2019, n° 17-18049; F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

⁹⁶ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

⁹⁷ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.*

En Francia, los representantes de los trabajadores solo deben ser informados si el deudor pide la homologación judicial de un acuerdo amistoso; en ese supuesto, el conciliador está obligado a trasladarles la información relevante, según el artículo L.611-8-1 Com.⁹⁸ En España, en unos casos la Ley prevé una obligación de consultación o información de los representantes de los trabajadores cuando se quiere usar un plan de reestructuración. Sin embargo, no quiere decir que los representantes de los trabajadores sean partes del proceso⁹⁹.

Finalmente, es posible que la protección otorgada por el sistema francés, al imponer una confidencialidad casi absoluta, pueda considerarse excesiva. Sin embargo, es fundamental destacar que esta confidencialidad no solo beneficia al deudor, sino que, ante todo, protege a los acreedores. Les permite negociar libremente quitas y esperas con el deudor sin que otros contratantes, que también podrían encontrarse en dificultades económicas, les exijan concesiones equivalentes al nivel de las quitas y esperas en negociación¹⁰⁰.

2.2.1.2. El miedo del procedimiento concursal

Dado que los procedimientos preconcursales no son obligatorios para el deudor y tampoco para los acreedores, lo que sirve de incentivo principalmente para acudir a esos tipos de procedimientos es el miedo para los acreedores del procedimiento concursal. En efecto, dicho procedimiento concursal tiene como consecuencia la degradación del imagen de la empresa y, por tanto, de la confianza de los inversores. Así, constituye un obstáculo a la continuación de la actividad económica¹⁰¹.

Además, la protección frente a los efectos perjudiciales del procedimiento concursal no solo se basa en el uso de mecanismos preconcursales, que otorgan discrecionalidad y la posibilidad de anticiparse a los problemas (evitando intervenciones drásticas que podrían

⁹⁸ *Idem*

⁹⁹ *Idem*

¹⁰⁰ Coquelet, M.-L. (2022). *Entreprises en difficulté* (7^e éd.). Dalloz

¹⁰¹ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

dificultar la recuperación de la empresa). De hecho, el uso de estos instrumentos preconcursales permite al deudor evitar la obligación de solicitar el concurso durante el proceso, lo que le alivia de un peso significativo¹⁰².

En derecho francés, si se abre la conciliación, el deudor queda exento de solicitar la apertura de un procedimiento de recuperación o liquidación judiciales (L.631-4 Com. y L.640-4 Com.), lo que lo protege de las sanciones que implicaría la declaración tardía de su estado de insolvencia (L.653-8, al. 3 Com.). Sin embargo, tenemos que destacar el hecho de que el mandato ad hoc no se ve revestido de tal eficacia¹⁰³.

Dicha “desfavor” que observamos en el régimen francés en cuanto al mandato ad hoc se puede notar en el régimen español cuando no se recurre a la comunicación para llegar a un plan de reestructuración. En efecto, solamente la comunicación tendrá un efecto similar sobre la solicitud de concurso (artículo 610 TRLC).

Finalmente, quiero destacar que a pesar del temor que pueden generar los procedimientos concursales, algunos acreedores, especialmente aquellos que están sobreprotegidos debido a la particularidad de su crédito, no se sienten tan motivados a participar en el procedimiento preconcursal, ya que tienen mejores perspectivas en una situación alternativa (como ocurre, por ejemplo, con los acreedores fiduciarios en el derecho francés¹⁰⁴).

2.2.1.3. El privilegio de "*new money*"

El régimen de incentivos para la nueva financiación se fundamenta en una protección diseñada para aplicarse en el concurso posterior. En efecto, las partes afectadas que conceden al deudor una “*financiación o aportaciones*”¹⁰⁵ durante la fase de negociaciones

¹⁰² Luna García, J. L. (2022). *Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal: Derecho preconcursal. El Derecho*.

¹⁰³ Coquelet, M.-L. (2022). *Entreprises en difficulté* (7^e éd.). Dalloz

¹⁰⁴ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

¹⁰⁵ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España*.

puede tanto en España como en Francia contar con garantías. Gracias a esas, se aseguran del pago de su crédito correspondiente al importe de las cantidades abonadas para favorecer la reestructuración de la empresa en caso de concurso posterior, por lo cual, esta iniciativa constituye un riesgo mínimo para el acreedor quién permite una mayor suerte de reestructuración del deudor, lo que le permitirá *in fine* satisfacer su crédito inicial.

En Francia, las aportaciones realizadas durante una conciliación se consideran pagos privilegiados si luego se inicia un proceso de insolvencia, salvo en el caso de los socios que aportan capital, ya que eso no se considera “*dinero fresco*”. Además, las garantías otorgadas a los acreedores en ese tipo de acuerdos siguen siendo válidas incluso si el acuerdo amistoso se anula, según el artículo L.611-10-4 Com.¹⁰⁶

Están involucrados los acreedores que, durante una conciliación que resulte en un acuerdo homologado, hayan realizado “*un nuevo aporte de tesorería al deudor con el fin de garantizar la continuidad de la actividad de la empresa y su sostenibilidad*” o que hayan proporcionado a crédito “*un bien o servicio nuevo con el mismo fin*”. A cambio de estos nuevos aportes, los acreedores se benefician de un privilegio muy efectivo, denominado privilegio de conciliación, o también conocido como “new money” o “dinero fresco” (L. 611-11 Com.)¹⁰⁷.

El código de comercio francés establece que este privilegio no se aplica a los aportes realizados por los accionistas y socios del deudor en el marco de un aumento de capital¹⁰⁸, una precisión que resulta innecesaria e incluso absurda, ya que es difícil imaginar cómo una deuda de un socio relacionada con el reembolso de su aporte y una posible plusvalía de liquidación podría ser tratada como una deuda privilegiada, dado que, por su propia naturaleza, está subordinada, lo que significa que solo se pagará una vez que se hayan

¹⁰⁶ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.*

¹⁰⁷ Michel Menjuq, Victoria de Diego Ángeles, Fernando Feldman, Estelle Roy. *Código de Comercio.* 2015, pp.948. *halshs-01402636*

¹⁰⁸ *Idem*

satisfecho los créditos sociales, y por tanto no podría tener ningún derecho preferente, según el Profesor François-Xavier Lucas¹⁰⁹.

La cuestión que podría haberse planteado es si un socio puede beneficiarse del privilegio de “*new money*” en relación con los nuevos aportes de tesorería que realice a la sociedad. La Ley no ha previsto tal exclusión, así, los avances en cuenta corriente realizados por un socio para financiar la conciliación pueden ser elegibles para el privilegio¹¹⁰.

La deuda elegible para el privilegio de conciliación será pagada conforme a un rango prioritario, sólo superado por los acreedores garantizados por el superprivilegio de los salarios o por el privilegio de los gastos judiciales en una *sauvegarde* o *redressement judiciaire* (L. 622-17 Com.)¹¹¹, y en el caso de una liquidación judicial, por la deuda de subsidios (remuneración del deudor persona física o de los gerentes de la persona jurídica para las necesidades básicas : alimentarse, mantener su familia...) ¹¹² y por las deudas garantizadas por el privilegio de los productores agrícolas (L. 643-8 Com.).

Los beneficiarios del privilegio de “*new money*” no estarán sujetos a los plazos de pago establecidos en el plan, sino que deberán ser completamente satisfechos en cuanto el plan sea aprobado (L. 626-20-I, 3°)¹¹³.

El artículo L. 611-11, que establece el privilegio de la conciliación, solo se condiciona a dos requisitos: primero, que se haya concedido un “*nuevo aporte en tesorería*” al deudor “*con el fin de garantizar la continuidad de la empresa y su mantenimiento*”¹¹⁴, y segundo, que dicho aporte se haya realizado dentro del marco de una conciliación que derive en un acuerdo homologado.

¹⁰⁹ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

¹¹⁰ *Idem*

¹¹¹ *Idem*

¹¹² Michel Menjucq, Victoria de Diego Ángeles, Fernando Feldman, Estelle Roy. *Código de Comercio*. 2015, pp.948. *halshs-01402636*

¹¹³ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

¹¹⁴ Michel Menjucq, Victoria de Diego Ángeles, Fernando Feldman, Estelle Roy. *Código de Comercio*. 2015, pp.948. *halshs-01402636*

La Ley no exige ninguna condición de publicidad para el reconocimiento de este privilegio y no es necesario que se mencione dicho privilegio por el juez en el juicio de homologación para que tenga validez y eficacia¹¹⁵.

En el sistema español, el otorgamiento del privilegio está igualmente condicionado a que se trate de una financiación que genere nuevos ingresos líquidos al deudor, excluyéndose créditos anteriores refinanciados. Además, como en Francia, el privilegio para los créditos nuevos está ligado a la homologación judicial o administrativa de un acuerdo de reestructuración o conciliación¹¹⁶.

Sin embargo, no se reconoce a los socios la posibilidad de gozar del privilegio de dinero fresco ya que, en derecho español, quedan en los créditos subordinados en caso de apretura de concurso. También, notamos que los créditos que gozan de este privilegio de “*new money*” se distribuyen entre dos rangos distintos : 50% se considera como crédito contra la masa y los otros 50% como crédito con privilegio general¹¹⁷.

También el régimen español se distingue del francés en cuanto al ámbito de aplicación de este privilegio. En efecto, en el sistema francés, la normativa protege no solo la nueva tesorería, sino también los nuevos bienes y servicios facilitados a crédito en el marco de una conciliación homologada, siempre que estén destinados a garantizar la sostenibilidad de la empresa. Sin embargo, en el sistema español, se protege exclusivamente la financiación que suponga ingresos líquidos de tesorería, quedando fuera otros tipos de aportaciones no monetarias, como el suministro de bienes o servicios a crédito¹¹⁸.

Finalmente, la Profesora Juana Pulgar Ezquerro destaca que el privilegio general, aplicado al primer 50% del importe de los créditos derivados de la aportación de new money, actúa más como un desincentivo que como un estímulo. Esto se debe a que mejora

¹¹⁵ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

¹¹⁶ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.*

¹¹⁷ Vaquerizo, A. (2019). *La protección de los créditos derivados de la financiación nueva (fresh money) en las reestructuraciones preconcursales*. Anuario de Derecho Concursal, (48), Sección Estudios, tercer cuatrimestre de 2019. Civitas

¹¹⁸ *Idem*

mínimamente la posición del nuevo financiador y no garantiza, en ningún caso, el cobro de estos créditos en un eventual concurso¹¹⁹.

El 50% restante, considerado como crédito contra la masa, solo se percibiría después de que se hayan satisfecho los créditos con privilegio especial. Esta circunstancia podría explicar según la doctrina la obstaculización de este mecanismo de reestructuración preventiva¹²⁰.

2.2.1.4. El arrastre de acreedores

2.2.1.4.1. Concepción europea bajo la Directiva 2019/1023

El arrastre de acreedores se presenta como un mecanismo altamente eficiente para lograr una reestructuración forzosa de la deuda y evitar el concurso de acreedores. La Directiva 2019/1023 introduce, además del clásico arrastre dentro de una misma clase, el arrastre entre clases, inspirado en sistemas anglosajones. Esta innovación plantea importantes novedades para la práctica jurídica en España¹²¹.

En efecto, la Directiva 2019/1023 se ha realizada tomando en cuenta que las negociaciones colectivas siempre estarán marcadas por intereses contrapuestos. Por ello, el mecanismo de arrastre permite superar esta dificultad inherente a las negociaciones para lograr adoptar un plan, aunque hubiera unos acreedores o clases de acreedores disidentes, configurándose como “*un mecanismo de resolución de conflictos*”¹²².

¹¹⁹ Pulgar Ezquerro, P. (2012). Preconcurso y reestructuración empresarial. Citado en pág. 667. En *Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011*, pág. 74.

¹²⁰ Vaquerizo, A. (2019). La protección de los créditos derivados de la financiación nueva (fresh money) en las reestructuraciones preconcursales. Anuario de Derecho Concursal, (48), Sección Estudios, tercer cuatrimestre de 2019. Civitas

¹²¹ Martínez Muñoz, M. (2022). El arrastre de acreedores en la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su transposición al Derecho preconcursal español. Cuadernos de Estudios de Deusto, 2370. <https://doi.org/10.18543/ced.2370>

¹²² Martínez Muñoz, M. (2022). El arrastre de acreedores en la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su transposición al Derecho preconcursal español / Creditor cram-down in EU Directive 2019/1023 on preventive restructuring frameworks and its transposition into Spanish pre-bankruptcy law. Cuadernos de Estudios Empresariales, (32), 1–25.

Sin embargo, si el arrastre permite imponer sacrificios a las partes afectadas por el plan, cabe subrayar que se garantiza una cierta protección de las mismas partes para que no se causasen “*sacrificios desproporcionados*”¹²³.

La Directiva distingue entre dos tipos de arrastre. En efecto, se tiene que distinguir el arrastre horizontal y el arrastre vertical. El primero interesa los planes consensuales, o sea, los planes cuyas clases han unánimemente votado en favor del plan, alcanzando una mayoría de los votos de 75% en cada clase (Art. 9 Directiva 2019/1023). Por tanto, aunque no se haya alcanzado la unanimidad en los votos de todos los acreedores afectados por el plan, al haber cumplido la mayoría requerida en cada una de las clases permite adoptar e imponer el plan de reestructuración con el “*respaldo de la autoridad judicial o administrativa*”¹²⁴.

En cuanto al arrastre vertical, este se aplica cuando no se haya podido adoptar el plan por el arrastre horizontal. En efecto, la disidencia se produce cuando unas (o una) de las clases no alcanzaron una mayoría de los votos del 75%. En este caso, se recurre a un mecanismo de reestructuración forzosa del artículo 11 de la Directiva 2019/1023, pudiendo imponer el plan votado – aunque haya clases disidentes –, cuando lo hubiera aprobado la mayoría de las clases y que al menos una de dichas clases es de acreedores garantizados o de rango superior a los ordinarios no garantizados; o en su defecto, siempre que al menos una clase de acreedores con derecho a cobro (*in the money*) haya aprobado el plan y que se cumplan otras garantías adicionales¹²⁵.

Hacemos un inciso aquí para notar que la forma en que se estructuren las clases es crucial. En el sistema francés, el administrador judicial encargado de constituir las clases podría dividir estadísticamente las clases para asegurar el apoyo necesario, incluso si representan una parte menor del pasivo total del deudor. Esta práctica conocida como

¹²³ Tabb, Law..., 1137 y ss.; Richard F. Broude, «Cramdown and Chapter 11 of the Bankruptcy Code : The Settlement Imperative», *The Business Lawyer*, vol. 39 (1984): 441-454; Kenneth N. Klee, «Cram Down II», *American Bankruptcy Law Journal*, vol. 64 (1990): 229-244.

¹²⁴ Martínez Muñoz, M. (2022). *El arrastre de acreedores en la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su transposición al Derecho preconcursal español*. Cuadernos de Estudios de Deusto, 2370. <https://doi.org/10.18543/ced.2370>

¹²⁵ Idem ; F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

"gerrymandering" (manipulación estratégica) se emplea para diseñar una mayoría artificial que respalde el plan¹²⁶.

Según el Considerando 49 de la Directiva 2019/1023, “*los Estados miembros deben asegurar que una autoridad judicial o administrativa pueda rechazar un plan de reestructuración si reduce los derechos de los acreedores o tenedores de participaciones disidentes por debajo de lo que podrían esperar razonablemente en caso de liquidación, ya sea mediante distribución de activos o la venta de la empresa en funcionamiento*”.

Por lo cual, las garantías adicionales antes mencionadas para imponer un plan por arrastre se refieren a la apreciación por el juez de una peor situación para los créditos de los disidentes en un escenario alternativo al plan rechazado¹²⁷.

Inspirada en el modelo del *Chapter 11* estadounidense, la Directiva ha eliminado obstáculos para la reestructuración, permitiendo que las clases "*in the money*" propongan y aprueben planes que puedan extenderse forzosamente a clases disidentes, siempre que se cumpla el “*test de proporcionalidad o fairness test*”¹²⁸.

Además, el arrastre de acreedores dependerá de la correcta valoración de la empresa, con medidas de protección implementadas en función del valor determinado, y la impugnación será posible si la valoración es incorrecta o injusta en cuanto al sacrificio de los acreedores disidentes¹²⁹.

En consecuencia, el riesgo del arrastre para los acreedores fomenta el uso de los mecanismos preconcursales, tanto para el deudor, que puede beneficiarse de instrumentos semi-colectivos que facilitan superar el obstáculo del rechazo a las negociaciones en la fase amistosa del procedimiento preconcursal, como para los acreedores, quienes tienen

¹²⁶ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

¹²⁷ Martínez Muñoz, M. (2022). *El arrastre de acreedores en la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su transposición al Derecho preconcursal español*. Cuadernos de Estudios de Deusto, 2370. <https://doi.org/10.18543/ced.2370>

¹²⁸ *Idem*

¹²⁹ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

el interés primordial de participar en las negociaciones con el fin de reducir el riesgo de que se les imponga un plan a través del arrastre, uno que no habrían aceptado en la fase negociada.

2.2.1.4.2. *Los límites y la transposición del arrastre*

Aunque el arrastre aparece como un instrumento que podría ignorar los intereses de los acreedores, la realidad de este instrumento tiene que ser matizada¹³⁰. En efecto, no puede utilizarse para eliminar totalmente los derechos de crédito, ya que esto desincentivaría la inversión a largo plazo. Por ello, la Directiva establece controles para evitar sacrificios desproporcionados a los acreedores disidentes, quienes podrían impugnar la reestructuración si su situación empeora frente a una liquidación¹³¹.

En efecto, el plan debe cumplir ciertos requisitos, como tratar de manera proporcional a los acreedores dentro de cada clase y superar “*la prueba del interés superior de los acreedores*”, que asegura que ningún acreedor disidente reciba menos que en un escenario de liquidación (Considerando 52 de la Directiva 2019/1023).

Dicho test del “*interés superior de los acreedores*” se utiliza para garantizar que los acreedores disidentes no sufran un sacrificio desproporcionado en la reestructuración¹³².

Si se demuestra que un acreedor recibiría menos bajo el plan que en una liquidación, este estaría fundado para impugnar el plan. Este principio se aplica tanto al arrastre horizontal como vertical¹³³.

¹³⁰ Martínez Muñoz, M. (2022). *El arrastre de acreedores en la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su transposición al Derecho preconcursal español*. Cuadernos de Estudios de Deusto, 2370. <https://doi.org/10.18543/ced.2370>

¹³¹ Martínez Muñoz, M. (2022). *El arrastre de acreedores en la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su transposición al Derecho preconcursal español*. Cuadernos de Estudios de Deusto, 2370. <https://doi.org/10.18543/ced.2370>

¹³² Burgos Sánchez, J. J. (2020). *El arrastre de los acreedores disidentes dentro del proceso de homologación de acuerdos de refinanciación (Trabajo de fin de grado, Universidad Pontificia Comillas). Facultad de Derecho.*

¹³³ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

El “*fairness test*” asegura que las clases de acreedores con el mismo rango sean tratadas por igual y sin discriminación injusta¹³⁴. La regla de prioridad absoluta establece que una clase disidente debe recibir su pago completo antes que una clase de menor rango. La doctrina ha interpretado esta concepción tal que el pago de un acreedor con garantía y los demás acreedores se devengará en los términos del plan, asegurando una mejor compensación a los acreedores con mayor garantía¹³⁵.

Las condiciones que hemos visto a través de la letra de esta directiva han sido transpuestas en Francia y España bajo formulaciones bastante similares al texto europeo, en la letra del artículo 654 ss. TRLC (España) y L.626-31 y L.626-32 Com. (Francia).

Subrayamos que ambos sistemas hacen de referencia, en caso de aplicación inter-clases del plan, a la “*empresa en funcionamiento*”. Este concepto queda bastante borroso dado que la reforma es reciente¹³⁶, con lo cual no se ha dado una interpretación exhaustiva por la jurisprudencia, tanto en España como en Francia sobre este concepto. El profesional que tendrá, por tanto, la responsabilidad de evaluar esta empresa en funcionamiento tendrá un rol clave en el procedimiento de reestructuración de la empresa.

En el asunto Villaseca se ha evidenciado la aplicación práctica de un método para valorar a una empresa en funcionamiento. En este caso, el informe del experto se decantó por utilizar el “*método de Descuento de Flujos de Caja*”¹³⁷. Este enfoque se centró en evaluar la capacidad de la compañía para generar ingresos destinados a remunerar tanto a los accionistas como a los acreedores financieros¹³⁸.

¹³⁴ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

¹³⁵ *Idem* ; Martínez Muñoz, M. (2022). *El arrastre de acreedores en la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su transposición al Derecho preconcursal español*. Cuadernos de Estudios de Deusto, 2370. <https://doi.org/10.18543/ced.2370>

¹³⁶ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

¹³⁷ SAP, 15ª, Barcelona, 9 de julio de 2024. J. Vilaseca, S.A.U. ; REFor. (2024, 9 de julio). Resumen SAP, 15ª, Barcelona, 9.7.2024: J. Vilaseca, S.A.U. <https://www.economistas.es/Contenido/REFor/ActualidadREFOR/Resumen%20SAP%2C%2015%2C%20Barcelona%2C%209.7.2024.J.%20Vilaseca%2C%20S.A.U..pdf>

¹³⁸ *Idem*

Finalmente, subrayamos que, en derecho francés, los socios no tendrán casi nunca que votar en contra del plan cuando nos encontramos en un procedimiento preconcursal, ya que es el deudor quien tiene la capacidad para iniciar las negociaciones y proponer un plan – salvo que los administradores de la sociedad propongan un plan en contra de lo deseado por los socios. Al contrario, el sistema español permite los planes competidores propuestos por los acreedores, lo que hace que fuera un poco más probable que los socios votasen en contra del plan.

En el caso Villaseca se han disipado las dudas respecto a la posibilidad de utilizar el mecanismo de arrastre en contra de los socios. La resolución ha sorprendido a muchos al confirmar que es posible proceder con la exclusión de los socios del capital social¹³⁹. Este cambio supone una clara evolución frente al sistema anterior de refinanciación basado exclusivamente en un régimen de mayorías¹⁴⁰.

* * *

En conclusión, tanto la normativa francesa como la española han implementado diversos incentivos que fomentan el uso de mecanismos preconcursales, lo que aporta una notable competitividad a ambos sistemas. En efecto, los legisladores de ambos países han trabajado en el diseño de una regulación que equilibra la satisfacción de los acreedores mediante garantías atractivas, sin perder de vista el objetivo esencial de los mecanismos preconcursales: preservar y rescatar las actividades económicas.

2.2.2. Éxitos de los sistemas francés y español

Las cifras que hemos utilizado para comparar el éxito de los sistemas francés y español son limitadas, ya que no tuvimos acceso a una amplia gama de estadísticas. Nos

¹³⁹ SAP, 15ª, Barcelona, 9 de julio de 2024. J. Villaseca, S.A.U.

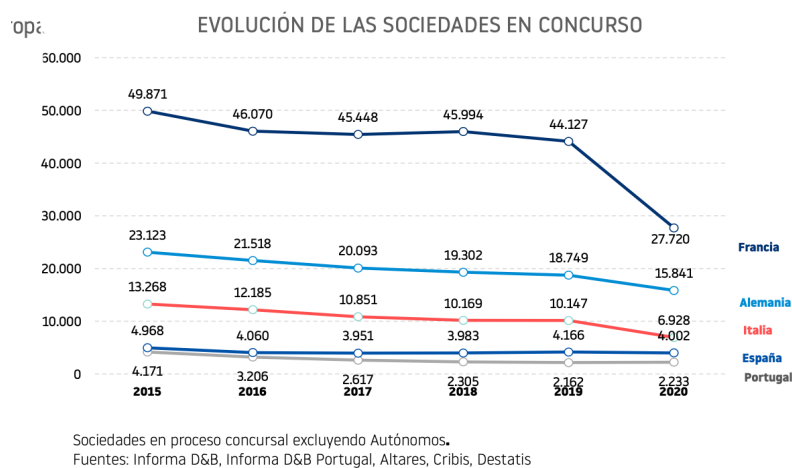
¹⁴⁰ Martínez Muñoz, M. (2022). *El arrastre de acreedores en la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su transposición al Derecho preconcursal español*. Cuadernos de Estudios de Deusto, 2370. <https://doi.org/10.18543/ced.2370>

concentramos en grandes tendencias y una visión general de la eficacia de los mecanismos preventivos.

Es relevante mencionar las cifras sobre procedimientos concursales en ambos países, ya que nos ayuda a comprender la efectividad de los mecanismos preventivos y las dinámicas nacionales sobre el uso de dichos procedimientos, especialmente si la proporción de empresas en concurso es alta, lo que podría indicar un sistema atractivo para aquellas empresas en dificultades económicas.

Tenemos que notar que “*las cifras de concursos de acreedores en España han batido récords históricos estos últimos años*”¹⁴¹ en comparación con Francia. La diferencia de cifras se explica principalmente por la legislación y su aplicación, pero también por “*los costes asociados a los procesos*”¹⁴².

Tal como lo hizo notar *Informa D&B*, en Francia, “*los procesos concursales son muy comunes, alcanzando el 2 % de la población de empresas activas*”. En España, esta tasa es muy inferior al 1 %¹⁴³.



Informa Business by Data. (2021, enero). Demografía empresarial 2020. Dirección de Estudios.

<https://library.co/document/y9n74edz-demografia-empresarial.html>

¹⁴¹ *Informa Business by Data. (2021, enero). Demografía empresarial 2020. Dirección de Estudios.*
<https://library.co/document/y9n74edz-demografia-empresarial.html>

¹⁴² *Idem*

¹⁴³ *Idem*

Dado que nuestro enfoque se centra en los procedimientos concursales bajo la Directiva 2019/1023, analizaremos el éxito de los sistemas francés y español a partir de 2023, año en el que ambos países transpusieron la directiva y pudieron evaluar los efectos de las nuevas normativas.

De nuestras investigaciones surgen algunas cifras clave que respaldan nuestra interpretación sobre el éxito de ambos sistemas.

Estadísticas Concuriales y Preconcuriales¹⁴⁴ <i>(Comparación Francia & España)</i>				
País	Francia		España	
Periodo	2023	2024	2023	2024
Procedimientos concursales	56.893	67.830	8.199	9.015
Procedimientos preconcuriales¹⁴⁵	8330	1e Trimestre 2070	341	1e Trimestre 70

El sistema francés de procedimientos concursales y preconcuriales presenta un mayor volumen en los procedimientos concursales, con cifras considerablemente superiores en comparación con España.

¹⁴⁴ **Estadísticas** : Registradores de España. (2024). Estadística del Procedimiento Concursal, primer trimestre 2024. <https://www.registradores.org/documents/33383/29261976/NP+EPC+IT+2024.pdf/29e6cceb-53b6-674f-32cf-cca9c9fdb1c?t=1715674373444> ; Marquié, A. (2024). Indicateurs – Procédures collectives [PDF]. Observatoire des Données Économiques du CNAJMJ. <https://www.cnajmj.fr/wp-content/uploads/2024/05/Indicateurs-2024-Procédures-collectives-mai-2024-1.pdf> ; El País. (2025, 7 de enero). Los concursos de empresas suben un 22% en 2024 y superan los 9.000 casos en España. Cinco Días. ; Institut National de la Statistique et des Études Économiques (INSEE). (s.f.). Le nombre d'entreprises en France en 2023. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/7678530?sommaire=7681078> ; Instituto Nacional de Estadística (INE). (2024). Directorio Central de Empresas (DIRCE) 2024. <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/es/DIRCE2024.htm> ; Fernández, R. (2024, 14 de mayo). Empresas registradas en España 2007-2023. <https://www.example-url.com> ; Instituto Nacional de Estadística (INE). (n.d.) Estadística del procedimiento concursal. Cuarto trimestre 2021. ; Informa D&B. (2023). Concursos de acreedores: Diciembre 2022 y acumulado anual. https://cdn.informa.es/sites/5c1a2fd74c7cb3612da076ea/content_entry5c5021510fa1c000c25b51f0/63dce17aa9490f00caa751f8/files/Concursos_diso_012023_es.pdf?1676020463 ; Martín Barragán, E. (2024, 12 de julio). Planes de reestructuración: Una completa caja de herramientas de la nueva ley concursal para las compañías. Gestiones.

¹⁴⁵ Francia (mandato ad hoc y conciliación) y España (planes de reestructuración : ausencia de información suficiente sobre la comunicación)

En términos de procedimientos preconcursales, ambos países implementaron reformas tras la transposición de la Directiva 2019/1023. Aunque la legislación española ha permitido una ligera mejora en las cifras para 2024, el sistema francés sigue manejando una mayor proporción de casos, lo que puede indicar una mayor recurrencia a los mecanismos preventivos en ese país.

La razón por la cual los mecanismos franceses se utilizan a una escala más amplia podría residir en que ofrecen a las empresas deudoras una protección más prolongada en el tiempo, gracias a un procedimiento de mayor duración. Por el contrario, los mecanismos de prevención españoles tienen un plazo más corto, lo que exige una mayor capacidad de reacción y genera un estrés adicional para quienes recurren a ellos (*véase el desarrollo supra sobre los dos sistemas*). En realidad, es principalmente la existencia del mecanismo del mandato ad hoc, que puede intercalarse entre dos conciliaciones, lo que permite brindar una protección óptima a los deudores que necesitan aplicar este tipo de mecanismo.

Otra posible explicación de lo observado anteriormente podría ser la diferencia en los costes asociados a los mecanismos preconcursales. En efecto, durante los procedimientos de prevención de la insolvencia empresarial surgen tres grandes categorías de costes : los honorarios de abogados y profesionales, los gastos de peritaje y los costes relacionados con el registro del procedimiento. Diversos factores influyen en el coste final del mecanismo, como el tipo de procedimiento, el peritaje (esencial para evaluar el valor de la empresa en funcionamiento, como se señaló previamente) y la cantidad de trabajadores empleados por la entidad¹⁴⁶. Aunque planteamos esta cuestión, no hemos podido realizar una comparación detallada de las posibles diferencias debido a la falta de información disponible sobre este aspecto.

También, otra razón que podría explicar la mayor utilización de los procedimientos preconcursales en Francia en comparación con España es el nivel de confidencialidad que

¹⁴⁶ Conseil National des Administrateurs Judiciaires et des Mandataires Judiciaires (CNAJMJ). (2021). Analyse comparative des systèmes et procédures collectives en Europe. Consultado el 28 de enero de 2025, de https://www.cnajmj.fr/wp-content/uploads/2021/11/SynthAse_Analyse-comparative-systemes-procedures-collectives-Europe_SynthAse_vF.pdf

garantizan dichos procedimientos. Como lo hemos analizado previamente, en España no se establecen sanciones específicas por la violación del carácter confidencial de estos procedimientos. En cambio, el sistema francés contempla una responsabilidad civil para quienes revelen información relacionada con el mecanismo preventivo. Esta protección, bastante estricta como hemos comentado, ofrece a los deudores mayor seguridad, ya que asegura que su reputación no se verá comprometida y establece una barrera que desincentiva cualquier divulgación que pudiera dañar su imagen frente a sus contratantes.

Además, se puede suponer que la diferencia entre las cifras francesas y españolas se explican también, en parte, por la falta de herramientas para garantizar las alertas tempranas previstas en la Directiva 2019/1023 sobre Reestructuraciones en España.

Esto podría explicar por qué los mecanismos españoles, aunque similares a los del sistema francés, se utilizan menos. La ausencia de sistemas de información y alertas previas dificulta que las empresas puedan identificar con antelación los posibles dificultades económicas a tiempo¹⁴⁷.

En el caso francés, el apoyo de otros órganos en la detección de dificultades ayuda a maximizar las posibilidades de actuar preventivamente, antes de que sea necesario enfrentar una crisis económica más grave¹⁴⁸. La mayor eficacia del sistema francés, atribuida a la implementación de alertas tempranas, ha sido reiteradamente reconocida por los profesionales¹⁴⁹.

Sin embargo, al ser demasiado atractivo, el sistema francés ha conocido varias críticas por permitir el mantenimiento de la actividad de las empresas de manera excesiva, dando

¹⁴⁷ Marie Koehl. *La négociation en droit des entreprises en difficulté*. Droit. Université de Nanterre - Paris X, 2019. Français. NNT : 2019PA100016. tel-02280411

¹⁴⁸ Para un desarrollo sobre el concepto de alertas tempranas, véase *infra* (3.2. Las alertas tempranas de la Directiva 2019/1023).

¹⁴⁹ M. A. McGowan, D. Andrews et V. Millet, « *Insolvency Regimes, zombie firms and capital reallocation* », OCDE, *Economics Department Working Papers* n° 1933, juin 2017

lugar a la aparición de lo que la doctrina ha llamado las empresas “*zombis*”, o sea que están vacías de vida y se mantiene artificialmente una actividad empresarial¹⁵⁰.

En efecto, se ha señalado que otorgan una protección excesiva al deudor, así como a sus dirigentes y accionistas, en detrimento de los acreedores. Esto llevaría al mantenimiento en funcionamiento de numerosas empresas no viables o “*zombis*”, generando una destrucción de valor económico y, en general, una disminución en la creación de empleo. Esta protección desmesurada hacia el deudor se atribuye, principalmente, a la preferencia del legislador y de los jueces por priorizar la continuidad de la actividad empresarial y los empleos a corto plazo, sin considerar suficientemente los efectos de estas decisiones sobre la economía en su conjunto a mediano y largo plazo¹⁵¹.

En conclusión, aunque el derecho francés siempre ha sido considerado un precursor en el tratamiento de las dificultades económicas de las empresas, la unificación introducida por la Directiva 2019/1023 ha permitido la incorporación de nuevos instrumentos en el derecho español. Estos han convertido al sistema español en un marco legal que ahora resulta bastante competitivo. Cabe indicar que pensamos que la menor utilización del plan de reestructuración español se debe, principalmente, a su carácter reciente y al desconocimiento por parte de los empresarios, quienes están más familiarizados con los instrumentos franceses, que ya existían antes de la citada directiva (aunque se han modificado). Además, el incremento en la utilización de mecanismos preconcursales en ambos países sigue una tendencia similar, lo que augura un desarrollo prometedor para los procedimientos preconcursales españoles, que progresivamente ganarán mayor reconocimiento.

En cualquier caso, tanto el sistema francés como el español, aunque competitivos y eficaces, tienen margen de mejora. Por ello, este trabajo abordará en su última parte

¹⁵⁰ Plantin, D. Thesmar et J. Tirole, « Les enjeux économiques du droit des faillites », Les notes du conseil d'analyse économique, n° 7, juin 2013 ; Bonhomme, F., & Mohamed Soilihi, T. (2021). Rapport d'information n° 615 (2020-2021) fait au nom de la commission des lois. *Sénat français. Présentado el 19 de mayo de 2021*

¹⁵¹ Plantin, D. Thesmar et J. Tirole, « Les enjeux économiques du droit des faillites », Les notes du conseil d'analyse économique, n° 7, juin 2013 ; Bonhomme, F., & Mohamed Soilihi, T. (2021). Rapport d'information n° 615 (2020-2021) fait au nom de la commission des lois. *Sénat français. Présentado el 19 de mayo de 2021*.

propuestas para optimizar ambos sistemas, centrándose en las debilidades específicas de cada uno.

3. Sistemas mejorados y mejorables en cuanto a los mecanismos previstos

La Directiva 2019/1023 de Reestructuración ha sido la base para el desarrollo de una nueva concepción del derecho preconcursal, inspirada en el modelo anglosajón. Si bien, en teoría, esto supone una mejora para nuestros sistemas, la transición hacia esta dinámica no se limita a la adopción de un texto legal, sino que requiere también un adecuado entendimiento jurisprudencial y doctrinal (1). Finalmente, esta última sección concluirá con reflexiones sobre la importancia de la previsibilidad en situaciones de *pre-insolvencia* para poder actuar y prevenir las dificultades económicas futuras, así como con propuestas para mejorar el apoyo al diseñar del plan de reestructuración de la actividad empresarial (2).

3.1. Las implicaciones de la inspiración anglosajona

Los fundamentos del nuevo régimen de derecho preconcursal entran en contradicción con nuestros sistemas de derecho civil de tradición romana al otorgar a la jurisprudencia un papel más relevante del que le correspondería. No obstante, aunque los instrumentos importados parecen ser muy eficaces, la casuística necesaria para su aplicación sigue estando poco desarrollada, especialmente en España, lo que limita la eficiencia de estos mecanismos y reduce su atractivo para las empresas (1). Además, el derecho anglosajón ha inspirado la Directiva 2019/1023, introduciendo mecanismos similares, como la clasificación de los acreedores en distintas categorías y el *cramdown* interclases (*cross-class cramdown*) que siguen siendo mejorables (2).

3.1.1. La falta de interpretación jurisprudencial actual de las nuevas normas

En el derecho anglosajón, la jurisprudencia desempeña un papel fundamental en la determinación de los detalles normativos. Sin embargo, en nuestros ordenamientos jurídicos, aunque contribuye a la interpretación del derecho, no puede considerarse una fuente directa del mismo.

No obstante, el desarrollo de una normativa común entre los países miembros de la Unión Europea, especialmente en lo que respecta a mecanismos de origen *Common Law*, ha transformado estructuralmente el papel de la jurisprudencia en la interpretación de los conceptos jurídicos en esta materia.

La incorporación de instrumentos anglosajones ha cambiado radicalmente la dinámica de nuestros sistemas de derecho preconcursal. El desafío actual radica en que, si bien estos mecanismos funcionan eficazmente en los países de *Common Law*, ello se debe a que su jurisprudencia está firmemente establecida, proporcionando una estructura jurídica clara. En cambio, en nuestros sistemas, la introducción de nuevas figuras como las clases de acreedores plantea numerosas cuestiones e incertidumbres jurídicas.

Ahora bien, esta evolución es parte de una tendencia convergente entre los sistemas jurídicos, impulsada por la competencia entre ellos para mejorar su eficiencia. En efecto, del mismo modo, el derecho anglosajón también ha tomado inspiración de nuestros mecanismos preconcursales, que originalmente priorizaban más la preservación de las empresas sobre la satisfacción de los acreedores¹⁵². Insisto en que, en cada sistema, el derecho preconcursal busca antes de todo un equilibrio entre la satisfacción de las deudas y la continuidad de la actividad empresarial.

Una de las innovaciones más relevantes de origen anglosajón es la clasificación de los acreedores en “*clases de acreedores*”. Este instrumento permite garantizar una representación equitativa de los distintos intereses económicos en juego y la aplicación

¹⁵² Coquelet, M.-L. (2022). *Entreprises en difficulté* (7^e éd.). Dalloz

del principio de prioridad absoluta en la distribución de los pagos (véase, 3.1.2. Clases de acreedores y “*classes de parties affectées*”).

Como lo hace notar el Profesor François-Xavier Lucas en una de sus clases, “*el nuevo marco de negociación que constituyen las clases va a implicar maniobrar nociones inéditas, que va a ser responsabilidad de los profesionales y la jurisprudencia aclimatar bajo nuestros cielos que no han visto nacer*”¹⁵³.

En efecto, la clave para una adaptación rápida y una mayor eficiencia de los mecanismos preconcursales implementados por la Directiva 2019/1023 dependerá en gran medida de los jueces. Esperemos que ellos adoptaran una interpretación amplia, aunque se trate de casos específicos y bien delimitados, permitiendo así precisar los contornos de las nuevas nociones. Un ejemplo de ello es el caso Villaseca, mencionado anteriormente¹⁵⁴.

3.1.2. Clases de acreedores y “*classes de parties affectées*”

En Francia, se aplican dichas clases de acreedores (“*classes de parties affectées*”) en los procedimientos de *sauvegarde*, *sauvegarde accélérée* y *redressement judiciaire*. Normalmente, se destina el instrumento de las clases de acreedores a grandes empresas (más de 250 trabajadores con más de 20 millones de euros de volumen de negocio neto; o más de 40 millones de euros de volumen de negocio neto, conforme al artículo R. 626- 52 Com)¹⁵⁵. Sin embargo, es posible aprovechar al instrumento de clases sin alcanzar los umbrales mencionados cuando se utiliza el procedimiento de *sauvegarde accélérée*¹⁵⁶. En España, la clasificación de las partes afectadas es de aplicación obligatoria en los procedimientos de plan de reestructuración cuando estos están sujetos a homologación.

¹⁵³ Clase octubre-enero 2025, *Certificat de Restructuration IEJ de la Sorbonne* (Profesor : F.-X. Lucas)

¹⁵⁴ SAP, 15ª, Barcelona, 9 de julio de 2024. J. Villaseca, S.A.U.

¹⁵⁵ ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.*

¹⁵⁶ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

Observamos que el instrumento de las categorías de partes afectadas se aplica en procedimientos de naturaleza semi-colectiva, en lugar de aquellos puramente amistosos, ya que su eficacia depende de la intervención judicial. Como ya lo hemos destacado, la gran innovación de la reforma es que los acreedores que no logren alcanzar un acuerdo negociado sobre la reestructuración de la empresa y su deuda podrán verse vinculados por la decisión, gracias a los mecanismos previamente expuestos.

Es importante destacar una primera posible mejora. Mientras que en España todos los planes de reestructuración sujetos a homologación requieren la constitución de clases de acreedores, en Francia este requisito depende del tamaño de la empresa. Como señala la profesora Marie-Laure Coquelet, el sistema de clasificación de partes afectadas ha sido diseñado principalmente para una élite de grandes empresas¹⁵⁷. Sin embargo, la decisión de aplicar estas categorías no debería basarse únicamente en el tamaño de la empresa, sino en la estructura de su pasivo e incluso en la composición de sus activos¹⁵⁸.

En efecto, la constitución de clases resulta especialmente útil en la reestructuración de empresas con un gran número de acreedores, ya que facilita la implementación colectiva del plan de reestructuración. Sin embargo, si una gran empresa tiene un pasivo concentrado en pocos acreedores, la creación de clases pierde su utilidad.

Por ello, el régimen francés debería tomar inspiración del modelo español y permitir el uso de este mecanismo sin que dependa exclusivamente del tamaño de la empresa. No obstante, se tiene que matizar esta afirmación en caso del procedimiento de *sauvegarde accélérée*. En dicho instrumento, la clasificación en categorías de partes afectadas es obligatoria en todos los casos, y esta característica ha convertido dicho procedimiento en uno de los más utilizados y valorados por las empresas.

Además, consideramos que otra posible mejora del sistema español debería tomar como referencia el modelo francés. En España, la homologación de un acuerdo requiere

¹⁵⁷ Coquelet, M.-L. (2022). *Entreprises en difficulté* (7^e éd.). Dalloz (p. 334)

¹⁵⁸ H. Poujade et C. Saint-Alary-Houin, « L'instauration des classes de parties affectées », *Rev. proc. coll.* 2021, Dossier 8

actualmente la formación de categorías de partes afectadas, lo que puede representar un obstáculo al utilizar un instrumento preconcursal. En cambio, en Francia, la conciliación permite una homologación sin necesidad de establecer dichas categorías, lo que facilita el acceso a los mecanismos preventivos y mejora su eficacia.

De todos modos, la formación de las clases de acreedores será seguramente el elemento más conflictivo en los próximos años. En efecto, el gran problema se enfoca en la determinación de los créditos afectados en el momento de formar las distintas clases¹⁵⁹.

De acuerdo con la Directiva 2019/1023, aquellos que no se ven afectados quedan excluidos del proceso de reestructuración, ya que no poseen derecho de voto (artículo 9.2 de la Directiva 2019/1023)¹⁶⁰.

La formación de clases desempeña un papel fundamental en la delimitación del alcance de la reestructuración, lo que no puede depender de decisiones arbitrarias. Al formar las clases, es fundamental garantizar una cierta igualdad entre los acreedores. No obstante, esta igualdad debe entenderse en términos de equidad: aquellos que se encuentran en la misma situación deben recibir el mismo trato. En efecto, tal como lo subraya el Profesor Miguel Martínez Muñoz, sería ilógico agrupar indiscriminadamente a acreedores, como un acreedor público y un socio del deudor. Por ello, las categorías de partes afectadas deben basarse en criterios de clasificación racionales y homogéneos para evitar perjuicios innecesarios¹⁶¹.

El considerando 44 de la Directiva 2019/1023 establece que :

“La clasificación en categorías significa el agrupamiento de partes afectadas con el propósito de adoptar un plan de modo tal que refleje sus derechos y la prelación

¹⁵⁹ Pulgar, *Preconstitucionalidad...*, 190 y ss.; Adrián Thery, “Los marcos de reestructuración en la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 22 de noviembre de 2016 (I)”, *Revista de Derecho Concursal y Preconcursal*, n° 27 (2017) : 530 y ss.

¹⁶⁰ Pulgar Ezquerro, J. (2020). *Subordinación contractual relativa y marcos de reestructuración preventiva: Análisis del régimen legal en el contexto del proceso de transposición de la Directiva de reestructuración e insolvencia (Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid)*. Docta Complutense.

¹⁶¹ Martínez Muñoz, M. (2022). El arrastre de acreedores en la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su transposición al Derecho preconcursal español. *Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE*.

de sus créditos e intereses. Como mínimo, los acreedores con y sin garantía deben ser tratados siempre como categorías diferentes. Sin embargo, los Estados miembros deben poder exigir que se formen más de dos categorías de acreedores, en particular categorías diferentes de acreedores con y sin garantía y categorías de acreedores con créditos subordinados. Los Estados miembros también deben poder tratar en categorías separadas los tipos de acreedores que carezcan de comunidad de intereses suficiente, como las administraciones tributarias o de seguridad social”.

Este entendimiento de las categorías de partes afectadas ha sido transpuesto de una forma bastante similar en Derecho francés y en Derecho español. En efecto, el artículo 616 TRLC prevé que *“se considerarán créditos afectados los créditos que en virtud del plan de reestructuración sufran una modificación de sus términos o condiciones, en particular, la modificación de la fecha de vencimiento, la modificación del principal o los intereses, la conversión en crédito participativo o subordinado, acciones o participaciones sociales, o en cualquier otro instrumento de características o rango distintos de aquellos que tuviese el crédito originario, la modificación o extinción de las garantías, personales o reales, que garanticen el crédito, el cambio en la persona del deudor o la modificación de la ley aplicable al crédito”.*

En Francia, el artículo L. 626-30, I Com. establece que:

“Son partes afectadas:

1° Los acreedores cuyos derechos se vean directamente afectados por el proyecto de plan;

2° Los miembros de la asamblea general extraordinaria o de la asamblea de socios, de las asambleas especiales mencionadas en los artículos L. 225-99 y L. 228-35-6, y de las asambleas generales de masas a las que se refiere el artículo L. 228-103, si su participación en el capital del deudor, los estatutos o sus derechos son modificados por el proyecto de plan. Para la aplicación del presente libro, se les denomina "tenedores de capital”.

En ambos países, observamos que ciertos créditos, como los derivados de un contrato de trabajo, quedan excluidos de las categorías de partes afectadas. Además, en ambos países, se contempla una exclusión específica para los créditos por obligaciones alimenticias¹⁶², lo cual parece innecesario, dado que este tipo de obligaciones concierne a personas físicas y no a sociedades. De hecho, aunque algunas empresas pueden tener la forma de personas físicas, normalmente una obligación alimenticia no afecta a un empresario individual y no se dan casos de sociedades con este tipo de obligaciones¹⁶³.

Observamos que ambos sistemas han transpuesto correctamente la exigencia de establecer al menos una clase para los acreedores garantizados y otra para los no garantizados por separado¹⁶⁴.

Una crítica necesaria de la ley francesa, según el Profesor François-Xavier Lucas, es que se incluye los miembros de las “*asambleas generales de masas a las que se refiere el artículo L. 228-103*” del Código de Comercio francés : esto se refiere a los “*titulares de valores que dan acceso a plazo al capital social*”¹⁶⁵. En efecto, el problema radica en la ausencia de una distinción mínima entre aquellos para quienes el acceso al capital es una opción y aquellos para quienes constituye una consecuencia inevitable de la resolución de su inversión¹⁶⁶.

La decisión de tratar a todos estos obligacionistas como si fueran accionistas, cuando muchos de ellos nunca llegarán a serlo, se aparta considerablemente de la Directiva según el Profesor François-Xavier Lucas. Este piensa que dicha concepción es problemática al extender de manera injustificada a unos obligacionistas la protección especial diseñada para los accionistas¹⁶⁷.

¹⁶² Artículo 616 TRLC y Artículo L. 626-30 Com. ; ENM (2023), *Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019* Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.

¹⁶³ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

¹⁶⁴ Martínez Muñoz, M. (2022). El arrastre de acreedores en la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su transposición al Derecho preconcursal español. *Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE*

¹⁶⁵ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

¹⁶⁶ *Idem*

¹⁶⁷ Clase octubre-enero 2025, *Certificat de Restructuration IEJ de la Sorbonne* (Profesor : F.-X. Lucas)

Además, en derecho español, los créditos públicos pueden verse afectados siempre que se cumplan dos condiciones¹⁶⁸: el deudor debe demostrar que está al día con sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social tanto en el momento de presentar la comunicación de apertura de negociaciones como al solicitar la homologación judicial del plan; y los créditos públicos deben tener una antigüedad inferior a dos años desde la solicitud (artículo 616.2 TRLC)¹⁶⁹.

Ni los créditos con privilegio de conciliación, ni aquellos que gozan del nuevo privilegio de “*new money*” otorgado durante el período de observación o en la adopción del plan (en el caso, poco frecuente, de una conversión de un plan de salvaguardia en un procedimiento de reorganización judicial), ni las pequeñas deudas mencionadas en el artículo L. 626-20, II Com. pueden ser objeto de quitas o aplazamientos sin el consentimiento de sus titulares¹⁷⁰.

En efecto, unos acreedores no están expresamente excluidos de las clases, pero se especifica que no pueden ser objeto de quitas o aplazamientos sin su consentimiento. Esta formulación resulta sorprendente, ya que podría interpretarse que aún es posible agrupar a estos acreedores en una clase con el propósito de afectar sus créditos, siempre que no sea mediante reducciones o aplazamientos¹⁷¹.

Lo expuesto en el párrafo anterior podría llevar a la imposición de una conversión de deuda en acciones a acreedores que el legislador claramente pretendía proteger, lo que resultaría paradójico¹⁷². Esta disposición se aplica a los titulares de créditos nacidos

¹⁶⁸ Burgos Sánchez, J. J. (2020). *El arrastre de los acreedores disidentes dentro del proceso de homologación de acuerdos de refinanciación (Trabajo de fin de grado, Universidad Pontificia Comillas). Facultad de Derecho.*

¹⁶⁹ Geli Fernández-Peñaflor, E., & Arlabán Gabeiras, B. (2022). *Los planes de reestructuración. Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Barcelona y Londres), Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, mayo-agosto de 2022, pp. 30-70

¹⁷⁰ Roussel Galle, P., & Fort, C. (2021). *L'élaboration et l'arrêté du plan de continuation avec ou sans classes. Revue des Procédures Collectives*, 6, novembre-décembre. LexisNexis SA. ; Michel Menjucq, Victoria de Diego Ángeles, Fernando Feldman, Estelle Roy. *Código de Comercio. 2015*, pp.948. *halshs-01402636*

¹⁷¹ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

¹⁷² Roussel Galle, P., & Fort, C. (2021). *L'élaboration et l'arrêté du plan de continuation avec ou sans classes. Revue des Procédures Collectives*, 6, novembre-décembre. LexisNexis SA.

durante un procedimiento anterior y garantizados por el privilegio de conciliación (“*new money*”), el privilegio de procedimiento o el privilegio de financiación del plan (“*post money*”).

Finalmente, en derecho francés, los titulares de los créditos mencionados en el artículo L. 626-6 Com. (“*créditos públicos*”) reciben igualmente un tratamiento específico, ya que, si bien pueden aceptar el aplazamiento del pago o unas quitas, deben realizarlo bajo las exigencias del artículo L. 626-6 Com.¹⁷³

Así, los acreedores públicos pueden aceptar la condonación total o parcial de la deuda, siempre que lo hagan en “condiciones similares a las que un operador económico privado”¹⁷⁴, en la misma situación, concedería en un contexto de mercado normal (artículo L. 626-6 Com.).

Los planes de reestructuración sustituyeron a los acuerdos de refinanciación y reestructuración de deuda. Dicho cambio supone una transformación en el enfoque tradicional, ya que el plan no solo contempla la oposición¹⁷⁵, sino, sobre todo, la posibilidad de imponerlo.

Esta nueva facultad es posible gracias a la configuración de las clases de partes afectadas, que, mediante la homologación, permiten el mecanismo de arrastre. Es así que la Sociedad Villaseca logró que la Audiencia Provincial ratifique la validez de un plan de reestructuración no consensual, aprobado por una única clase que representa el 9% del pasivo total afectado. Esto ha permitido reestructurar una deuda de 29 millones de euros, aplicando una quita del 70% y estableciendo un pago del 30% restante en un plazo de diez años para los acreedores ordinarios, así como una quita del 100% para los acreedores subordinados¹⁷⁶ (sobre el arrastre, véase el 2.2.1.4.).

¹⁷³ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

¹⁷⁴ *Idem*

¹⁷⁵ Fuentes Devesa, R. (2022). REFORMA CONCURSAL 2022: Plan de reestructuración: requisitos, efecto e impugnación[Vídeo]. BIB\2022\3247

¹⁷⁶ SAP, 15ª, Barcelona, 9 de julio de 2024. J. Vilaseca, S.A.U. ; REFor. (2024, 9 de julio). Resumen SAP, 15ª, Barcelona, 9.7.2024: J. Vilaseca, S.A.U.

El uso de las categorías de partes afectadas permite, en caso de arrastre, imponer a los socios un plan de reestructuración incluso si son disidentes (véase el 2.2.1.4.). Aunque podría interpretarse como una expropiación para algunos, en realidad se trata de un aspecto inherente a su obligación de contribuir a las pérdidas¹⁷⁷.

Para concluir, Lionel Spizzichino señaló que, aunque la Directiva 2019/1023 pretende acelerar la reestructuración preventiva de la actividad empresarial, al estar inspirada en el derecho estadounidense y su constitución de clases, es importante destacar que la propia formación de dichas clases de partes afectadas requiere un tiempo considerable¹⁷⁸. Esto se debe a que la posición de cada acreedor y la composición de las clases son factores determinantes para la adopción del plan. Por lo tanto, aunque en teoría se busca reducir la duración de los procedimientos, en la práctica, será necesario un tiempo significativo para constituir los comités y obtener las valoraciones correspondientes¹⁷⁹.

3.2. Una mejor previsión para una mejor satisfacción : las alertas tempranas de la Directiva 2019/1023

La prevención, en sentido estricto, se refiere a todo aquello que, en el ordenamiento jurídico francés, tiene como objetivo mejorar la gestión empresarial para evitar la aparición de dificultades¹⁸⁰.

Dicha prevención tiene dos facetas. Por un lado, la “prevención-detección”, que engloba normas destinadas a identificar lo antes posible los signos de insolvencia, mediante procedimientos de alerta, la convocatoria de los administradores / gestores por el

https://www.economistas.es/Contenido/REFor/ActualidadREFOR/Resumen%20SAP%2C%2015%2C%20Barcelona%2C%209.7.2024_J.%20Vilaseca%2C%20S.A.U..pdf

¹⁷⁷ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

¹⁷⁸ Lionel Spizzichino, Stéphane Gorrias, Hélène Bourbouloux et Michel Menjucq, « Les perspectives d'évolution du rôle des créanciers en droit des entreprises en difficulté », *Revue des procédures collectives* n° 3, Mai 2019, entretien 2. <https://bit.ly/3DdSIB3>

¹⁷⁹ Michel MENJUCQ y Philippe ROUSSEL GALLE (2019). *Les perspectives d'évolution du rôle des créanciers en droit des entreprises en difficulté*. *Revue des Procédures Collectives*, (3), Mai-Juin 2019 LexisNexis SA.

¹⁸⁰ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

presidente del tribunal o la elaboración de una contabilidad previsional. Por otro lado, la “prevención-tratamiento”, cuyo objetivo es resolver de manera amistosa, a través de negociaciones consensuales entre el deudor y sus acreedores, los riesgos de interrupción en la continuidad de la actividad empresarial¹⁸¹.

El artículo 3 de la Directiva 2019/1023 exige a los Estados miembros que establezcan mecanismos de alerta temprana para detectar situaciones que puedan “*detectar circunstancias que puedan provocar una insolvencia inminente*” y “*advertirle de la necesidad de actuar sin demora*”.

En Francia, la prevención incluye un mecanismo de alerta que debe activar el comisario de cuentas cuando la empresa dispone de este órgano, si en el ejercicio de su función detecta “*hechos que puedan comprometer la continuidad de la actividad*” (L. 234-1, L. 234-2, L. 251-15 y L. 612-3 Com.)¹⁸². Asimismo, el comité social y económico puede activar una alerta si identifica “*hechos que puedan afectar de manera preocupante la situación económica de la empresa*” (artículo L. 2312-63 CT)¹⁸³.

Este sistema de alerta también está previsto en las sociedades de responsabilidad limitada (L. 223-36 Com.) y en las sociedades por acciones (L. 225-232 Com.), permitiendo que los socios actúen como centinelas¹⁸⁴ al plantear por escrito a los dirigentes preguntas sobre cualquier hecho que pueda “*comprometer la continuidad de la actividad*”¹⁸⁵. Los directivos están obligados a responder a dichas cuestiones.

De manera más inusual, la alerta también puede ser activada por una persona ajena a la empresa, como el presidente del tribunal de comercio (L. 611-2 Com.) o del tribunal judicial (L. 611-2-1 Com.), según la naturaleza de la actividad empresarial¹⁸⁶.

¹⁸¹ Corinne Saint-Alary-Houin, « Les procédures de prévention des difficultés des entreprises : la vision du droit français », LPA 30 mars 2018, n° 128k1, p. 16.

¹⁸² Coquelet, M.-L. (2022). *Entreprises en difficulté* (7^e éd.). Dalloz

¹⁸³ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

¹⁸⁴ Idem

¹⁸⁵ Michel Menjuq, Victoria de Diego Ángeles, Fernando Feldman, Estelle Roy. *Código de Comercio*. 2015, pp.948. halshs-01402636

¹⁸⁶ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

Estos mecanismos de prevención y detección son esenciales. En efecto, una de las principales (o la principal) causas de cierre de empresas por quiebra es la falta de anticipación por los dirigentes, quienes a menudo tardan en reconocer la gravedad de los problemas. Las alertas buscan confrontar al empresario con sus dificultades y su responsabilidad, incentivándolo a tomar medidas para restablecer la situación¹⁸⁷. Sin embargo, estas alertas operan únicamente como sugerencias, ya que quienes las emiten no tienen poder coercitivo, sino que sólo pueden instar a los directivos a debatir sobre la situación¹⁸⁸.

Las alertas del sistema francés se ajustan a la finalidad de tales instrumentos fomentados por la Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia. Dicha directiva no se enfoca especialmente en la probabilidad de insolvencia, sino en la identificación temprana de dificultades financieras y en la aplicación de los procedimientos más adecuados para gestionarlas. Su objetivo es aumentar las posibilidades de evitar una insolvencia inminente o, si la empresa ya no es viable, facilitar un proceso de liquidación más ordenado y eficiente¹⁸⁹. En efecto, cuanto antes un deudor identifique sus dificultades financieras y adopte las medidas adecuadas, serán mayores las posibilidades de prevenir una insolvencia inminente o, si la empresa ya no es viable, de llevar a cabo un proceso de liquidación de manera más ordenada y eficiente¹⁹⁰.

Las obligaciones de los administradores que constan en el artículo 19 de la Directiva 2019/1023 están directamente relacionadas con la insolvencia inminente. Los Estados deberán garantizar que, en dicha situación, dichos administradores tengan debidamente en cuenta, al menos, los siguientes aspectos: “a) *los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados*; b) *la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia*, y c) *la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa*”¹⁹¹.

¹⁸⁷ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF ; Coquelet, M.-L. (2022). *Entreprises en difficulté* (7^e éd.). Dalloz

¹⁸⁸ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

¹⁸⁹ Campuzano, A. B. (2023). *Los estados de insolvencia. Anuario de Derecho Concursal*, (58), Sección Estudios. Civitas.

¹⁹⁰ *Idem*.

¹⁹¹ Artículo 19 de la Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia

La Directiva 2019/1023, con sus consideraciones amplias y flexibles, ofrece a los Estados un margen significativo para diseñar el marco de los procedimientos. En este sentido, el Preámbulo de la Ley 16/2022 subraya que, para la Directiva, la clave de los marcos de reestructuración temprana radica en la “*probabilidad de insolvencia*”¹⁹².

Dicha Ley 16/2022 contempla, para las PYMES en dificultades, servicios de asesoramiento temprano para prevenir la insolvencia. Estos servicios son confidenciales, a solicitud de las empresas, sin generar obligaciones de actuación ni responsabilidades para los prestadores¹⁹³. Además, se mantiene “la página web de “*autodiagnóstico de salud empresarial*” del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, de acceso libre y gratuito”, que permite a las empresas evaluar su situación financiera¹⁹⁴.

Finalmente, la LEC incorpora una nueva alerta que se despliega durante un procedimiento de ejecución judicial. Consiste en que cuando el ejecutado no comunicase los bienes embargables cuando se lo solicite, o que la lista presentada es insuficiente, el LAJ le deberá advertir que puede comunicar al juzgado su intención de negociar con los acreedores un plan de reestructuración ante una posible insolvencia, lo que paralizaría las ejecuciones durante dicha negociación¹⁹⁵.

Por lo tanto, vemos que el sistema español no ha contemplado medidas de detección temprana “*vinculadas a impagos impositivos o de cuotas*”, que “*podrían haber ofrecido un alcance más efectivo en esa detección temprana*”¹⁹⁶.

¹⁹² Campuzano, A. B. (2023). *Los estados de insolvencia. Anuario de Derecho Concursal*, (58), Sección Estudios. Civitas.

¹⁹³ Fernández del Pozo, L. (2024). *Herramientas de alerta temprana y responsabilidad por incumplimientos de los deberes de prevención concursal*. Tirant lo Blanch. ; Garrigues. (s.f.). Documento comparativo: Anteproyecto TRLC – Proyecto publicado en el BOCD.https://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/documento_comparativo_anteproyecto_trlc-proyecto_publicado_bocd.pdf

¹⁹⁴ Campuzano, A. B. (2023). *Los estados de insolvencia. Anuario de Derecho Concursal*, (58), Sección Estudios. Civitas

¹⁹⁵ *Idem*

¹⁹⁶ *Idem*.

También, resulta llamativo que el régimen español no haya contemplado un papel específico para los órganos relacionados con la contabilidad de la empresa, tal como ocurre en Francia. Es evidente que tanto los socios como quienes gestionan las cuentas de la empresa están en una posición privilegiada para detectar irregularidades y dificultades que podrían anticipar una futura insolvencia.

Por ende, establecer mecanismos de alerta específicos para dichos órganos especiales se presenta como una mejora esencial del régimen español.

3.3. Una mejora del plan de reestructuración para una mayor eficiencia del instrumento

La Directiva 2019/1023 ha permitido una mejora importante del procedimiento de elaboración de planes de reestructuración. En efecto, ha transformado significativamente el papel del *mandataire* en Francia y del experto en España. Los *mandataires judiciaires* asumirán nuevas funciones, incluyendo la organización, la creación de clases de acreedores y la preparación del trabajo para el tribunal (Stéphane Gorrias)¹⁹⁷. Estos profesionales se convierten así en una herramienta clave para garantizar la eficacia de la reestructuración de la actividad empresarial (1). En España, para mejor eficacia en la elaboración del plan de estructuración, los profesionales del sector reconocen los beneficios permitidos por los planes competidores (2).

3.3.1. El refuerzo de la figura del experto

La figura del experto en reestructuraciones en España ha adquirido un rol más importante tras la reforma derivada de la transposición de la Directiva 2019/1023¹⁹⁸. Anteriormente conocido como el experto independiente, su función “*se limitaba a valorar el carácter*

¹⁹⁷ Lionel Spizzichino, Stéphane Gorrias, Hélène Bourbouloux et Michel Menjucq, « Les perspectives d'évolution du rôle des créanciers en droit des entreprises en difficulté », *Revue des procédures collectives* n° 3, Mai 2019, entretien 2. <https://bit.ly/3DdSIB3>

¹⁹⁸ Geli Fernández-Peñaflor, E., & Arlabán Gabeiras, B. (2022). *Los planes de reestructuración. Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez* (Barcelona y Londres), *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, mayo-agosto de 2022, pp. 30-70.

razonable y realizable del plan de viabilidad”¹⁹⁹. Sin embargo, en el contexto actual, esta figura se asemeja más a la del “*administrateur judiciaire*” en Francia (a diferencia del “*mandataire judiciaire*”, que no interviene en la elaboración de planes con clases de acreedores).

Hoy en día, el experto asiste tanto al deudor como los acreedores “*en la elaboración del plan y en las negociaciones*”²⁰⁰. Además, elabora informes fundamentales sobre las mayorías en las clases, valoración de la empresa y la suficiencia del plan propuesto²⁰¹. Esta función refleja el trabajo del “*administrateur judiciaire*”, quien, durante el período de observación, elabora un “*bilan économique et social*” que actualmente también incorpora aspectos medioambientales²⁰².

En ambos países, cuando se designa a un experto (incluyendo en la noción el “*administrateur judiciaire*”), este desempeña un papel crucial en las negociaciones. Tanto en Francia²⁰³ como en España, dichos profesionales están obligados a actuar con independencia e imparcialidad. El derecho español lo establece de manera expresa en el artículo 680 del TRLC: “*el experto ejercerá las funciones propias del cargo con la diligencia propia de un profesional especializado en reestructuraciones y con independencia e imparcialidad tanto respecto del deudor como de los acreedores*”.

Además, en España, se establece la inhabilitación para quienes hayan tenido contacto profesional reciente (en los dos años anteriores) con el deudor o los acreedores. Aunque esta disposición no estaba contemplada legalmente antes de la reforma, ya había sido

¹⁹⁹ Geli Fernández-Peñaflor, E., & Arlabán Gabeiras, B. (2022). Los planes de reestructuración. Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Barcelona y Londres), *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, mayo-agosto de 2022, pp. 30-70

²⁰⁰ *Idem*

²⁰¹ Ruiz Pérez, C. (2023). Estudio comparado del derecho de la insolvencia empresarial en España y en Reino Unido (Trabajo de fin de grado, Universidad Miguel Hernández de Elche). <https://hdl.handle.net/11000/29668> ; Geli Fernández-Peñaflor, E., & Arlabán Gabeiras, B. (2022). Los planes de reestructuración. Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Barcelona y Londres), *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, mayo-agosto de 2022, pp. 30-70

²⁰² Coquelet, M.-L. (2022). *Entreprises en difficulté* (7^e éd.). Dalloz

²⁰³ *Idem*

reconocida por la jurisprudencia²⁰⁴. En efecto, el Juzgado de lo Mercantil de Alicante, en su sentencia de 16 de octubre de 2015 (nº 226/2015), resaltó la importancia de la independencia del profesional que actuaba como “*experto independiente*”²⁰⁵. La nominación ya no será discrecional tal como bajo el antiguo régimen (véase el artículo 600.3 TRLC)²⁰⁶. En Francia, la Ley prohíbe nombrar a alguien que haya recibido pagos del deudor o sus acreedores en los últimos 24 meses (o sea igualmente 2 años), garantizando así su neutralidad²⁰⁷. Sin embargo, se tiene que notar que además de eso, en Francia se prohíbe a los jueces “*consulaires*”²⁰⁸ franceses de desempeñar este papel, y eso aun que ya han dejado de ejercer como tal (salvo si hace más de 5 años que han dejado sus cargos)²⁰⁹.

Es importante destacar que, tanto en Francia²¹⁰ como en España, “*el nombramiento del experto no exime al deudor [de su obligación] de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que haya conocido o debido conocer su estado de insolvencia actual*” (artículo 224 quinquies TRLC).

La reforma de 2022 ha permitido que, al igual que lo que se prevé en Francia, el experto esté designado por el juez. El asunto Celsa ha permitido aclarar determinadas cuestiones, como la posibilidad de solicitar la designación del experto en cualquier momento, la preeminencia de los acreedores al respecto, el escaso margen del juez para valorar la idoneidad del experto, o la dificultad de alegar su falta de imparcialidad como motivo²¹¹.

²⁰⁴ Geli Fernández-Peñaflor, E., & Arlabán Gabeiras, B. (2022). *Los planes de reestructuración*. *Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez* (Barcelona y Londres), *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, mayo-agosto de 2022, pp. 30-70

²⁰⁵ Geli Fernández-Peñaflor, E., & Arlabán Gabeiras, B. (2022). *Los planes de reestructuración*. *Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez* (Barcelona y Londres), *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, mayo-agosto de 2022, pp. 30-70 ; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan (2015). *Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe del experto, autoría, contenido y responsabilidad*. *Revista de Derecho Concursal y Preconcursal*, n.º 22

²⁰⁶ *Idem*

²⁰⁷ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

²⁰⁸ Son los jueces del Tribunal de Commerce (Juzgado de lo Mercantil francés).

²⁰⁹ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

²¹⁰ *Idem*

²¹¹ CUATRECASAS (2023) *La homologación del plan de reestructuración de Celsa*, *Actualidad Jurídica ; AJM Barcelona* 26/2023, de 4 de septiembre

En Francia, el nombramiento del “*administrateur judiciaire*” es obligatorio cuando se crean clases de acreedores, y su misión se define de manera flexible, adaptándose a las necesidades del proceso, con el juez delimitando sus prerrogativas²¹².

Es relevante subrayar una vez más la importancia de la confidencialidad en el sistema francés. En efecto, el procedimiento francés, ya sea a través del “*mandat ad hoc*” o la conciliación, pone un énfasis absoluto en mantener la discreción, hasta el punto de que incluso la prensa enfrenta restricciones para revelar la existencia del procedimiento (*cf. supra*).

Ambos profesionales, tanto el *administrateur judiciaire* como el experto, están sujetos a responsabilidad civil por falta de diligencia, imparcialidad o independencia, y deben contar con seguros o garantías equivalentes²¹³. En derecho francés, al carecer el *administrateur judiciaire* de facultades para tomar decisiones vinculantes, tanto para el deudor como para los acreedores (quienes no están obligados a participar en la negociación), el riesgo de que se le exija responsabilidad se mantiene bajo²¹⁴.

De este modo, se consideró inadmisibile la acción de responsabilidad interpuesta contra un conciliador por parte de un acreedor que impugnaba la implantación, durante su mandato, de un calendario de pago del pasivo, al entenderse que dicho mandato “*no corresponde a ninguna función de asistencia o representación similar a la de un dirigente de empresa*”²¹⁵. Por otro lado, se ha considerado que el *mandataire ad hoc* excedió los límites de su poder imponiendo la venta de la empresa, mientras que dicho acto “*no entraba dentro de sus facultades*”²¹⁶.

²¹² Coquelet, M.-L. (2022). *Entreprises en difficulté* (7^e éd.). Dalloz

²¹³ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF ; Geli Fernández-Peñaflor, E., & Arlabán Gabeiras, B. (2022). *Los planes de reestructuración. Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez* (Barcelona y Londres), *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, mayo-agosto de 2022, pp. 30-70

²¹⁴ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

²¹⁵ CA Paris, Pol 5, ch. 10, 12 oct. 2020, n.º 19/07316 ; Clase octubre-enero 2025, *Certificat de Restructuration IEJ de la Sorbonne* (Profesor : F.-X. Lucas)

²¹⁶ Cass. Com., 1 de febrero de 2011, n.º 09-16179 ; Clase octubre-enero 2025, *Certificat de Restructuration IEJ de la Sorbonne* (Profesor : F.-X. Lucas)

Para acabar esta parte, recordamos que, en España, el experto puede estar nombrado a petición de los acreedores o del deudor. Pero, en el caso en que cada partes decidiese pedir el nombramiento de un experto, el régimen español actual, permite que puedan coexistir varios expertos en reestructuración nombrados legalmente²¹⁷.

Eso podría generar un problema. En efecto, el juez sería confrontado a la solicitud de aprobación de dos planes distintos para una misma reestructuración. En Francia, este problema no se plantea dado que no es posible designar varios *administrateurs judiciaires*.

En el sistema español, si se hubiera nombrado varios expertos, podrían presentar valoraciones distintas de la empresa. En este caso, nos encontramos en un supuesto que se asemeja al fenómeno de los planes competidores, que veremos en la última parte, lo único que pasa diferentemente es la forma en la que se manifiesta dichos planes competidores²¹⁸.

3.3.2. Los beneficios de los planes competidores

En el ámbito de los planes de reestructuración, uno de los problemas más relevantes que ha surgido es la existencia de planes competidores. Se encuentra cuando tanto el deudor como los acreedores proponen planes distintos para reestructurar una empresa. Eso genera conflictos a la hora de homologar uno de los planes²¹⁹.

²¹⁷ Geli Fernández-Peñaflor, E., & Arlabán Gabeiras, B. (2022). *Los planes de reestructuración*. *Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Barcelona y Londres)*, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, mayo-agosto de 2022, pp. 30-70

²¹⁸ CUATRECASAS (2023) *La homologación del plan de reestructuración de Celsa*, *Actualidad Jurídica*.

²¹⁹ Cuatrecasas. (2024). *Tendencias legales: Reestructuraciones 2024: hablan los expertos*. <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/art/tendencias-legales-reestructuraciones-2024-hablan-los-expertos>

Los casos Single Home²²⁰ y Transbiaga²²¹ han sido los primeros ejemplos de cómo se resuelven estos litigios relativos a los planes competidores en ausencia de una regulación específica en la normativa concursal española. En ambos asuntos, la regla que ha sido utilizada por los jueces es la de “prior in tempore”, o sea, han homologado el plan que se había presentado en primero²²². Así, los tribunales optaron por suspender la admisión del plan posterior hasta que se resuelva el proceso sobre el plan anteriormente presentado.

Además, en la decisión Single Home, los jueces establecieron que en el caso en el que el primer plan se revocase en la impugnación, el segundo plan podría volver a tramitarse sin que lo afecte la prohibición temporal del artículo 664 TRLC, que impide presentar un nuevo plan dentro del año siguiente a una solicitud anterior²²³.

En derecho francés, si el deudor no presenta un plan suficientemente sólido y fundamentado, el juez podría homologar un plan más eficiente propuesto por las partes afectadas²²⁴. Así, la decisión no se basa estrictamente en la regla de prioridad, sino en la eficacia del plan de reestructuración.

En el sistema español, destacamos unos retos en el modelo actual. El tratamiento judicial de estos casos plantea dos desafíos importantes en el procedimiento de reestructuración de las empresas. El primero es la falta de textos legales para regular los planes competidores, por lo cual los jueces crean el derecho, lo que podría derivar en decisiones que favorezcan al deudor sin un análisis profundo de cuál sería la mejor solución para la viabilidad de la empresa²²⁵.

²²⁰ *AJM* n°5 Madrid 85/2023, de 10 de abril de 2023 ; Ignacio Buil (Coordinador del grupo de Reestructuraciones, Insolvencias y Situaciones Especiales, Cuatrecasas). (2023). *La reestructuración de empresas: Balance del primer año de aplicación de la reforma concursal*.

<https://www.cuatrecasas.com/resources/la-reestructuracion-de-empresas-6571ae9a1404f731364232.pdf>

²²¹ *AJM* n°1 San Sebastián, de 02 de octubre de 2023; Cuatrecasas. (2025). *Rechazado un plan de reestructuración en contradicción previa*. <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/reestructuraciones-e-insolvencias/art/plan-reestructuracion-rechazado-contradiccion-previa> ; Ignacio Buil (Coordinador del grupo de Reestructuraciones, Insolvencias y Situaciones Especiales, Cuatrecasas). (2023). *La reestructuración de empresas: Balance del primer año de aplicación de la reforma concursal*. <https://www.cuatrecasas.com/resources/la-reestructuracion-de-empresas-6571ae9a1404f731364232.pdf>

²²² *Idem*

²²³ *Idem*

²²⁴ F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF

²²⁵ CUATRECASAS (2023) *La homologación del plan de reestructuración de Celsa*, *Actualidad Jurídica*. ;

El segundo desafío es el riesgo de una estrategia oportunista del deudor. En efecto, al anticiparse en la presentación del plan, el deudor puede bloquear alternativas propuestas por los acreedores que podrían ser más beneficiosas para la reestructuración de la empresa²²⁶.

En este contexto, una posible solución legislativa sería la introducción de procedimientos que permitan la evaluación conjunta de los planes competidores, asegurando que la opción más viable y justa sea la que se implemente²²⁷...

²²⁶ Idem

²²⁷ Ignacio Buil (Coordinador del grupo de Reestructuraciones, Insolvencias y Situaciones Especiales, Cuatrecasas). (2023). *La reestructuración de empresas: Balance del primer año de aplicación de la reforma concursal*. <https://www.cuatrecasas.com/resources/la-reestructuracion-de-empresas-6571ae9a1404f731364232.pdf>; CUATRECASAS (2023) *La homologación del plan de reestructuración de Celsa*, *Actualidad Jurídica*

Conclusión

La prevención del estado de insolvencia de las empresas es un desafío crucial tanto en España como en Francia. Este trabajo ha abordado los mecanismos preconcursales implementados en ambos países, analizando sus características, diferencias y eficacia en la práctica.

A lo largo del estudio, hemos observado que ambos sistemas han evolucionado bajo el marco de la Directiva 2019/1023, que busca una armonización de las normativas de los países miembros de la Unión Europea en materia de reestructuraciones preventivas. Sin embargo, cada país ha interpretado y aplicado la directiva, siendo cada transposición marcada por las tradiciones legales y los avances de cada sistema.

El sistema francés, con instrumentos como la conciliación y el mandato ad hoc, se destaca por su flexibilidad y confidencialidad, permitiendo su mayor eficacia. La conciliación permite al deudor negociar con sus acreedores sin el estrés de un procedimiento judicial público, lo que favorece la continuidad de la actividad empresarial. Además, el uso de alertas tempranas para detectar las dificultades, antes de que se agraven, refuerza la eficacia del sistema. Sin embargo, tal como lo hemos visto, el énfasis puesto en el rescate de la empresa ha generado una de las principales críticas del modelo francés que es el mantenimiento artificial de las empresas no viables, lo que ha generado el fenómeno de las “empresas zombis”.

Por otro lado, el sistema español ha introducido mecanismos preconcursales que cumplen con las exigencias de la Directiva Europea, especialmente con los nuevos planes de reestructuración, permitiendo una intervención más activa de los acreedores en la elaboración y aprobación de planes de reestructuración.

Una de las debilidades del sistema español es la falta de mecanismos realmente eficaces de detección temprana de dificultades financieras, lo que puede retrasar la adopción de medidas preventivas. Por lo cual, una revisión legal podría ser una buena opción para reforzar la eficacia del derecho preconcursal español. En efecto, el desarrollo de sistemas

de alerta temprana, inspirándose de lo que se ha incluido en la normativa en Francia, podría permitir una mejor detección de las dificultades de las empresas. Eso permitiría a las empresas españolas fortalecer la prevención y facilitar sus accesos a los procedimientos preconcursales antes de que la insolvencia sea irreversible.

Además, una mayor difusión de información sobre las ventajas de los mecanismos preconcursales, tanto en Francia como en España, facilitaría que las empresas recurrieran a ellos con mayor frecuencia. Como ocurre en muchos ámbitos, el desconocimiento de su existencia o la dificultad para comprender su funcionamiento puede ser un factor clave en su escasa utilización.

Al comparar ambos sistemas, podríamos concluir que el modelo francés es más eficaz en la prevención temprana de la insolvencia, gracias a la existencia de herramientas de alerta y procedimientos confidenciales que facilitan la negociación. Esa confidencialidad debería ser reconsiderada por el legislador español para garantizar el real carácter reservado.

Por lo tanto, el derecho preconcursal español podría volverse más eficiente con la introducción de dichas alertas tempranas y un mayor incentivo para el uso de mecanismos preconcursales. También, la implementación de una responsabilidad especial o sanciones para quienes divulguen información a terceros ajenos a las negociaciones podría ser apreciable.

En definitiva, siempre volvemos a lo mismo. En efecto, el éxito de los sistemas concursales y preconcursales dependen del equilibrio alcanzado entre la protección de la empresa deudora para lograr rescatarla restructurándola y la satisfacción de los créditos de los acreedores. Así, la llave es dejar entrever a cada uno un interés personal más grande que los inconvenientes con los cuales se enfrentan en el marco del procedimiento.

Bibliografía

A. Couret, « *Le gouvernement d'entreprise, la corporate governance* », D., 1995, p. 164

Adrián Thery, “Los marcos de reestructuración en la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 22 de noviembre de 2016 (I)”, *Revista de Derecho Concursal y Preconcursal*, n° 27 (2017): 530 y ss.

Angel Rojo (2004) *Comentario al artículo 2 de la Ley concursal*, Editorial Aranzadi, S.A.U., 1ª ed., 2004

Arribas Tomé, A. (2023). *Instrumentos preconcursales: planes de reestructuración (Trabajo de Fin de Grado, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Valladolid)*. Tutelado por Ángel Marina García-Tuñón.

Baró Casals, A. (s.f.). *Jurisprudencia concursal sistematizada. Tomo I: artículos 1 a 73*

Bonhomme, F., & Mohamed Soilihi, T. (2021). *Rapport d'information n° 615 (2020-2021) fait au nom de la commission des lois. Sénat français. Présentado el 19 de mayo de 2021*

Burgos Sánchez, J. J. (2020). *El arrastre de los acreedores disidentes dentro del proceso de homologación de acuerdos de refinanciación (Trabajo de fin de grado, Universidad Pontificia Comillas). Facultad de Derecho.*

Campuzano, A. B. (2023). *Los estados de insolvencia. Anuario de Derecho Concursal*, (58), Sección Estudios. Civitas.

Campuzano, A. B., & Sanjuán Muñoz, E. (2024). *GPS Concursal. Guía Profesional* (6.ª ed.).

Carlos de Cárdenas Smith, Abogado del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid), «*APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN PRECONCURSAL DE LA RECIENTE REFORMA CONCURSAL*», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, septiembre-diciembre de 2022, pp. 29-45.

Coquelet, M.-L. (2022). *Entreprises en difficulté* (7^e éd.). Dalloz (p. 334)

Corinne Saint-Alary-Houin, « *Les procédures de prévention des difficultés des entreprises : la vision du droit français* », *LPA* 30 mars 2018, n° 128k1, p. 16

CUATRECASAS (2023) *La homologación del plan de reestructuración de Celsa*, *Actualidad Jurídica ; AJM Barcelona* 26/2023, de 4 de septiembre

Conseil National des Administrateurs Judiciaires et des Mandataires Judiciaires (CNAJMJ). (2021). *Analyse comparative des systèmes et procédures collectives en Europe*. Consultado el 28 de enero de 2025, de <https://www.cnajmj.fr/wp->

[content/uploads/2021/11/SynthAse_Analyse-comparative-systemes-procedures-collectives-Europe_SynthAse_vF.pdf](#)

Cuatrecasas. (2024). Tendencias legales: Reestructuraciones 2024: hablan los expertos. <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/art/tendencias-legales-reestructuraciones-2024-hablan-los-expertos>

Cuatrecasas. (2025). Rechazado un plan de reestructuración en contradicción previa. <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/reestructuraciones-e-insolvencias/art/plan-estructuracion-rechazado-contradiccion-previa>

De Cárdenas Smith, C. (2022). Aproximación al régimen preconcursal de la reciente reforma concursal. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (60), 29–45.

elEconomista. (2021, 11 de agosto). Guía de la reforma concursal (VI): El nuevo juego de mayorías en el plan de reestructuración. <https://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/11355808/08/21/Guia-de-la-reforma-concursal-VI-El-nuevo-juego-de-mayorias-en-el-plan-de-reestructuracion.html>

El País. (2025, 7 de enero). Los concursos de empresas suben un 22% en 2024 y superan los 9.000 casos en España. *Cinco Días*

ENM (2023), Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España.

Fernández, R. (2024, 14 de mayo). Empresas registradas en España 2007-2023. <https://www.example-url.com>

Fernández del Pozo, L. (2024). Herramientas de alerta temprana y responsabilidad por incumplimientos de los deberes de prevención concursal. *Tirant lo Blanch*.

Fuentes Devesa, R. (2022). REFORMA CONCURSAL 2022: Plan de reestructuración: requisitos, efecto e impugnación[Video]. BIB\2022\3247

F.-X. Lucas (2024), *Manuel de droit de la faillite*, PUF.

François-Xavier Lucas, « Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées », *BJE janv. 2022*, n° BJE200k9. <http://lext.so/BJE200k9>

G. Farjat, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 78 et p. 80.

Geli Fernández-Peñaflor, E., & Arlabán Gabeiras, B. (2022). Los planes de reestructuración. *Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Barcelona y Londres)*, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, mayo-agosto de 2022, pp. 30-70

Garrigues. (s.f.). Documento comparativo: Anteproyecto TRLC – Proyecto publicado en el *BOCD*.

https://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/documento_comparativo_ante_proyecto_trlc-proyecto_publicado_bocd.pdf

Guía comparativa de las leyes de transposición de la Directiva “Reestructuración preventiva e insolvencia” de 20 de junio de 2019 Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España»

Gutiérrez Gilsanz, A. (2024). *La agrupación en clases de créditos para la homologación de planes de reestructuración: Relevancia y criterios legales*. Diario LA LEY, (10461), Sección Tribuna. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2024/03/07/la-agrupacion-en-clases-de-creditos-para-la-homologacion-de-planes-de-reestructuracion-relevancia-y-criterios-legales>

H. Poujade et C. Saint-Alary-Houin, « L'instauration des classes de parties affectées », Rev. proc. coll. 2021, Dossier 8.

Hidde Volberda, « Crises, Creditors and Cramdowns: An evaluation of the protection of minority creditors under the WHOA in light of Directive (EU) 2019/1023 », Utrecht Law Review, vol. 17 (2021): 66.

Ignacio Buil (Coordinador del grupo de Reestructuraciones, Insolvencias y Situaciones Especiales, Cuatrecasas). (2023). *La reestructuración de empresas: Balance del primer año de aplicación de la reforma concursal*. <https://www.cuatrecasas.com/resources/la-reestructuracion-de-empresas-6571ae9a1404f731364232.pdf>

Informa Business by Data. (2021, enero). *Demografía empresarial 2020*. Dirección de Estudios. <https://library.co/document/y9n74edz-demografia-empresarial.html>

Institut National de la Statistique et des Études Économiques (INSEE). (2023) *Le nombre d'entreprises en France en 2023*.

Informa D&B. (2023). *Concursos de acreedores: Diciembre 2022 y acumulado anual*. https://cdn.informa.es/sites/5c1a2fd74c7cb3612da076ea/content_entry5c5021510fa1c000c25b51f0/63dce17aa9490f00caa751f8/files/Concursos_diso_012023_es.pdf?1676020463

Institut National de la Statistique et des Études Économiques (INSEE). (s.f.). *Le nombre d'entreprises en France en 2023*. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/7678530?sommaire=7681078>

Instituto Nacional de Estadística (INE). (2024). *Directorio Central de Empresas (DIRCE) 2024*. <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/es/DIRCE2024.htm>

Instituto Nacional de Estadística (INE). (n.d.) *Estadística del procedimiento concursal. Cuarto trimestre 2021*.

Instituto Nacional de Estadística (INE). (2024). *Directorio Central de Empresas (DIRCE) 2024*.

Irene ARÉVALO GONZÁLES, socia de Procesal y Arbitraje de Gómez-Acebo & Pombo.

Jesús de las Casas. (2024, 26 de noviembre). Las reestructuraciones ganan peso tras la reforma concursal.

<https://www.economistas.es/Contenido/REFor/Noticias/expansi%C3%B3n-CONCURSAL-JUR%C3%8DDICO-Las%20reestructuraciones%20ganan%20peso%20tras%20la%20reforma%20concursal.pdf>

J. Paillusseau, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIe siècle », D., 2003, p. 268.

Laura González Pachón (2021), Desprivatización y desjudicialización del derecho de insolvencia (Olivencia Ruiz).

Lionel Spizzichino, Stéphane Gorrias, Hélène Bourbouloux et Michel Menjucq, « Les perspectives d'évolution du rôle des créanciers en droit des entreprises en difficulté », Revue des procédures collectives n° 3, Mai 2019, entretien 2. <https://bit.ly/3DdSIB3>

Luna García, J. L. (2022). Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal: Derecho preconcursal. El Derecho.

M. A. McGowan, D. Andrews et V. Millet, « Insolvency Regimes, zombie firms and capital reallocation », OCDE, Economics Department Working Papers n° 1933, juin 2017.

M. C. Jensen et W. H. Meckling, « Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure », Journal of Financial Economics, vol. 3, octobre 1976, p. 305.

Marquié, A. (2024). Indicateurs – Procédures collectives [PDF]. Observatoire des Données Économiques du CNAJMJ. <https://www.cnajmj.fr/wp-content/uploads/2024/05/Indicateurs-2024-Procédures-collectives-mai-2024-1.pdf>

Martínez Muñoz, M. (2022). El arrastre de acreedores en la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su transposición al Derecho preconcursal español. Cuadernos de Estudios de Deusto, 2370. <https://doi.org/10.18543/ced.2370>

Michel MENJUCQ y Philippe ROUSSEL GALLE (2019). Les perspectives d'évolution du rôle des créanciers en droit des entreprises en difficulté. Revue des Procédures Collectives, (3), Mai-Juin 2019 LexisNexis SA

Martín Barragán, E. (2024, 12 de julio). Planes de reestructuración: Una completa caja de herramientas de la nueva ley concursal para las compañías. Gestiones

M. A. McGowan, D. Andrews et V. Millet, « Insolvency Regimes, zombie firms and capital reallocation », OCDE, Economics Department Working Papers n° 1933, juin 2017

Marie Koehl. La négociation en droit des entreprises en difficulté. Droit. Université de Nanterre -Paris X, 2019. Français. NNT : 2019PA100016. tel-02280411

Moll Garcia, M. (2023). *La regla de prioridad absoluta en el plan de reestructuración* (Treball de Fi de Grau, Doble Grau en Dret i Administració i Direcció d'Empreses, Universitat). Tutor: Prof. Dr. Fernando Cerdá Albero

Michel Menjucq, Victoria de Diego Ángeles, Fernando Feldman, Estelle Roy. *Código de Comercio*. 2015, pp.948. halshs-01402636

Martínez Muñoz, M. (2022). *El arrastre de acreedores en la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su transposición al Derecho preconcursal español*. Cuadernos de Estudios de Deusto, 2370. <https://doi.org/10.18543/ced.2370>

Martínez Muñoz, M. (2022). *El arrastre de acreedores en la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su transposición al Derecho preconcursal español / Creditor cram-down in EU Directive 2019/1023 on preventive restructuring frameworks and its transposition into Spanish pre-bankruptcy law*. Cuadernos de Estudios Empresariales, (32), 1–25. <https://doi.org/10.18543/ced.2370>

Plantin, D. Thesmar et J. Tirole, « Les enjeux économiques du droit des faillites », *Les notes du conseil d'analyse économique*, n° 7, juin 2013.

P. Coupeaud, M. Sénéchal, F. Kopf, P. Sayer, F. Abitbol, C. Gralitzer et A. Bali, *L'anticipation de la restructuration*, BJE sept.-oct. 2024, n° BJE201p4, p. 49, <http://lext.so/BJE201q4>

Philippe Roussel Galle, « L'élaboration et l'arrêté du plan de continuation avec ou sans classes », *Revue des procédures collectives* n° 6, Novembre 2021, dossier 9. <https://bit.ly/3FIR54E>

Pulgar Ezquerro, P. (2012). *Preconcursabilidad y reestructuración empresarial*. Citado en pág. 667. En *Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011*, pág. 74.

Pulgar Ezquerro, J. (2020). *Subordinación contractual relativa y marcos de reestructuración preventiva: Análisis del régimen legal en el contexto del proceso de transposición de la Directiva de reestructuración e insolvencia* (Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid). Docta Complutense.

Rebollo Díaz, Pedro. «Mecanismos preconcursales I: La comunicación». En *Introducción al derecho concursal*, 2023/03/05 ed., 50. *Introducción al derecho concursal*. J.M. Bosch Editor, 2023.

REFor. (2024, 9 de julio). *Resumen SAP*, 15ª, Barcelona, 9.7.2024: J. Vilaseca, S.A.U. https://www.economistas.es/Contenido/REFor/ActualidadREFOR/Resumen%20SAP%2C%2015%2C%20Barcelona%2C%209.7.2024_J.%20Vilaseca%2C%20S.A.U..pdf

REFOR Economistas Forenses & CGE (2024). *98 preguntas y respuestas. Guía rápida: Planes de reestructuración*. CEOE Empresas Españolas. ISBN: 978-84-18495-87-8.

Roldán, J. V. (2023, 8 de noviembre). *El año de los planes de reestructuración. El Confidencial*. https://blogs.elconfidencial.com/juridico/tribuna/2023-11-08/el-ano-de-los-planes-de-reestructuracion_3758152/

Roldán Martínez, J. V. (2023, 8 de noviembre). *El año de los planes de reestructuración. El Confidencial*. <https://ejaso.com/medios/el-ano-de-los-planes-de-reestructuracion-el-confidencial>

Registradores de España. (2024). *Estadística del Procedimiento Concursal, primer trimestre 2024*. <https://www.registradores.org/documents/33383/29261976/NP+EPC+IT+2024.pdf/29e6cceb-53b6-674f-32cf-cca9c9fddb1c?t=1715674373444>

Roussel Galle, P., & Fort, C. (2021). *L'élaboration et l'arrêté du plan de continuation avec ou sans classes. Revue des Procédures Collectives*, 6, novembre-décembre. LexisNexis SA.

Ruiz Pérez, C. (2023). *Estudio comparado del derecho de la insolvencia empresarial en España y en Reino Unido (Trabajo de fin de grado, Universidad Miguel Hernández de Elche)*. <https://hdl.handle.net/11000/29668>

Rebollo Díaz, P. (2023). *Mecanismos preconcursales I: La comunicación. En Introducción al derecho concursal (pp. 35–50). vLex*. <https://vlex.es/vid/mecanismos-preconcursales-i-comunicacion-924078092>

Sanjuán, E. (2023). *Los acuerdos societarios de los planes de reestructuración. Anuario de Derecho Concursal*, (58), Sección Estudios. Civitas.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan (2015). *Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe del experto, autoría, contenido y responsabilidad. Revista de Derecho Concursal y Preconcursal*, n.º 22

Smith, Carlos de Cárdenas. «*APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN PRECONCURSAL DE LA RECIENTE REFORMA CONCURSAL*», 2022.

Tabb, Law..., 1137 y ss.; Richard F. Broude, «*Cramdown and Chapter 11 of the Bankruptcy Code : The Settlement Imperative*», *The Business Lawyer*, vol. 39 (1984): 441-454.

Vaquerizo, A. (2019). *La protección de los créditos derivados de la financiación nueva (fresh money) en las reestructuraciones preconcursales. Anuario de Derecho Concursal*, (48), Sección Estudios, tercer cuatrimestre de 2019. Civitas

Legislación

Española

Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal.

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003.

Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019

Francesa

Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (I), y, LOI n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (rectificatif)

Ordonnance n.º 2014-326 de 12 de marzo de 2014 relativa al procedimiento de salvaguarda.

Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.

Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019

Jurisprudencia

AJM n° 5 de Madrid (8 de septiembre de 2008)

AJM n°1 San Sebastián, de 02 de octubre de 2023

AJM n°5 Madrid 85/2023, de 10 de abril de 2023

CA Paris, Pol 5, ch. 10, 12 oct. 2020, n.º 19/07316

Cass. Com., 1 de febrero de 2011, n.º 09-16179

Cass. com., 15 de diciembre de 2015, n° 14-11500

Cass. com., 4 de octubre de 2018, n° 18-10688

Cass. com., 13 de febrero de 2019, n° 17-18049

Com., 5 de marzo de 2025, n° 23-22.267, FS-B

Civ. 3, 10 de diciembre de 2008

SAP, 15ª, Barcelona, 9 de julio de 2024. J. Vilaseca, S.A.U.