

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)
[DOUE L 172, de 26-VI-2019]

REESTRUCTURACIÓN, INSOLVENCIA Y EXONERACIÓN DE DEUDAS

1. Alerta temprana. Antes de centrarnos propiamente en los mecanismos de alerta temprana previstos en 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 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), en adelante Directiva (UE) 2019/1023, procede situar su ámbito subjetivo. En lo que se refiere al ámbito subjetivo de la Directiva (UE) 2019/1023 la misma es de aplicación a los empresarios, con exclusión de las personas físicas que no tengan tal condición. No obstante, se prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan ampliar la aplicación de los procedimientos de exoneración de deuda a personas físicas insolventes que no sean empresarios [art. 1.4 Directiva (UE) 2019/1023, no obstante determinados empresarios quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva en atención a su actividad en los términos previstos en su art. 1.2].

El legislador comunitario es consciente de la necesaria introducción de herramientas de alerta temprana que permitan advertir las dificultades financieras del deudor. A través de estos mecanismos se trata de evitar una insolvencia inminente o, para los casos de empresas cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, procurar un más ordenado y eficiente procedimiento de liquidación [véase considerando 22 Directiva (UE) 2019/1023]. Se toma conciencia, por tanto, de la escasez de mecanismos de alerta temprana a disposición del deudor que le permitan anticipar su insolvencia de manera que se evite la puesta en marcha de mecanismos ordenadores de esta que, frecuentemente, van a resultar, de entrada, en su total desapoderamiento y en el nombramiento de un liquidador [considerando 24 Directiva (UE) 2019/1023]. Se pretende, por tanto, que el deudor pueda acceder a herramientas de alerta temprana (*early warning*) que le permitan advertir si, efectivamente, su situación financiera está deteriorándose hasta el punto de resultar en una situación de insolvencia.

A los efectos de orientar la actividad del legislador de los Estados miembros se prevé que los mecanismos de alerta temprana que se habiliten puedan implicar a terceros que tengan acceso a información pertinente sobre el deudor. Este sería el caso de contables, administraciones públicas –Agencias tributarias y de la Seguridad

Social- que adviertan al deudor sobre su evolución negativa [art. 3.2.c Directiva (UE) 2019/1023]. Del mismo modo se admite la implicación de los trabajadores a los efectos de detección temprana de las dificultades financieras [arts. 3.3 y 3.4 Directiva (UE) 2019/1023].

2. Marcos de reestructuración preventiva. La detección temprana de las dificultades financieras no se instituye en un fin en sí mismo. Tiene, en realidad, carácter instrumental constituyéndose en presupuesto del régimen de negociación para la reestructuración de la deuda en el ámbito de los correspondientes marcos de reestructuración que han de habilitar los Estados miembros. El objetivo de las operaciones de reestructuración, tal y como se desprende de la definición contenida en el art. 1.1 de la Directiva (UE) 2019/1023, es la introducción de medidas que se dirigen a *la modificación de la composición, las condiciones o estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura de capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos*. Los marcos de reestructuración preventiva podrán consistir en uno o varios procedimientos, medidas o disposiciones orientadas en el referido sentido y su desarrollo podrá tener carácter extrajudicial, sin perjuicio de otros marcos de reestructuración que se prevean en la normativa nacional [art. 4.5.I Directiva (UE) 2019/1023]. Se dispone que los Estados miembros habrán de garantizar en todo caso en el marco de reestructuración se conceda a los deudores y a las partes afectadas los derechos y garantías que se recogen en la Directiva que se presenta [art. 4.5.II Directiva (UE) 2019/1023].

Los marcos de reestructuración que se definan han de estar a disposición de los deudores empresarios de manera que puedan hacer frente a sus dificultades financieras en un momento temprano. Esto es, cuando aún resulta posible la prevención de su insolvencia y la viabilidad de la empresa [considerando 24 Directiva (UE) 2019/1023]. La experiencia ha demostrado que la ausencia o, en su caso, insuficiencia de los marcos de reestructuración preventiva de deuda, atendida frecuentemente la rigidez de sus exigencias, conducen al deudor irremediablemente a la insolvencia.

Se prevé que los Estados miembros puedan habilitar tanto al deudor como a sus acreedores y representantes de los trabajadores para que soliciten el acceso a los marcos de reestructuración. Ahora bien, como regla general, se sanciona que aun cuando tal solicitud la lleven a cabo terceros el deudor habrá de consentir lo que parece natural atendida la naturaleza comercial de la reestructuración. Si bien esto es así, se deja abierta la posibilidad para aquellos supuestos en que el deudor tenga la consideración de PYME de que los Estados puedan limitar la exigencia de consentimiento del deudor [arts. 2.7 y 2.8 Directiva (UE) 2019/1023].

Conforme a la Directiva, los Estados miembros pueden limitar el acceso a estos marcos de reestructuración a los deudores que hubieran sido condenados por graves

incumplimientos de sus obligaciones en materia de contabilidad o llevanza de libros de tal forma que solo puedan acceder a un marco de reestructuración preventiva cuando hubiesen adoptado las medidas oportunas para subsanar las cuestiones que motivaron la condena [art. 4.2 Directiva (UE) 2019/1023].

Por último, la configuración finalista de los marcos de reestructuración preventiva de la insolvencia atendidos los objetivos arriba señalados justifica que su ejecución se sujete a un test de viabilidad del deudor. Así pues, a los efectos de evitar una utilización masiva de los marcos de reestructuración, no solo las dificultades financieras del deudor deben ser indiciarias de la inminencia de su insolvencia, sino que, además, el plan de reestructuración ha de poder permitir su viabilidad empresarial [art. 4.3 Directiva (UE) 2019/1023]. Este test de viabilidad se instituye, por tanto, en condición de acceso al procedimiento de reestructuración preventiva que se prevé en la Directiva.

3. Los planes de reestructuración. El legislador comunitario ha establecido el contenido mínimo que ha concurrir en los planes de reestructuración en los marcos de reestructuración preventiva a efectos de hacer realidad los objetivos que los justifican. Así se dispone que estos planes hayan de recoger:

- a) La identidad del deudor;
- b) Los activos y pasivos del deudor en el momento de presentar el plan de reestructuración, incluido el valor de los activos; una descripción de la situación económica del deudor y de la situación de los trabajadores, y una descripción de las causas y alcance de las dificultades del deudor;
- c) Las partes afectadas, mencionadas individualmente o descritas por categoría de deuda de conformidad con la normativa nacional, así como sus créditos o intereses cubiertos por el plan de reestructuración;
- d) En su caso, las categorías en las que las partes afectadas han sido agrupadas a efectos de la adopción del plan de reestructuración y los valores respectivos de los créditos e intereses de cada una de las categorías;
- e) En su caso, las personas, mencionadas individualmente o descritas por categorías de deuda de conformidad con la normativa nacional, que no estén afectadas por el plan de reestructuración, junto con una descripción de los motivos por los cuales se proponen que no lo estén;
- f) En su caso, la identidad del administrador en materia de reestructuración;
- g) Las condiciones del plan de reestructuración, incluidas, en particular,
 - I. Cualquier medida de reestructuración propuesta
 - ii. En su caso, la duración propuesta de las medidas de reestructuración propuestas
 - iii. Las disposiciones en materia de información y consulta de los representantes de los trabajadores, con arreglo al Derecho de la Unión y nacional

- iv. En su caso, las consecuencias globales para el empleo, como despidos, acuerdos sobre jornadas reducidas o medidas similares
 - v. Los flujos financieros estimados del deudor, si está previsto en la normativa nacional
 - vi. Toda nueva financiación prevista como parte del plan de reestructuración y los motivos por los que resulta necesario aplicar dicho plan;
- h) Una exposición de motivos que explique por qué el plan de reestructuración ofrece una perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor y de garantizar la viabilidad de la empresa, junto con las condiciones previas necesarias para el éxito del plan. Los Estados miembros podrán requerir que se efectúe o se valide dicha exposición de motivos por un experto externo o por un administrador en materia de reestructuración si hubiera sido nombrado (art. 8.1 Directiva 2019/1023).

Se prevé como regla general la conveniencia de que el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración para supervisar la actividad del deudor o tomar el control de su actividad en el entorno de un procedimiento de negociación y elaboración de un los planes de reestructuración habrá de valorarse caso por caso. Sin embargo, cuando concurren determinadas circunstancias tal designación tendrá carácter necesario. Recae sobre los Estados miembros el deber de prever la necesaria designación de un administrador en materia de reestructuración cuando una autoridad judicial o administrativa conceda al deudor una suspensión general de ejecuciones singulares; el plan haya de ser confirmado por una autoridad judicial o administrativa en atención a la eficacia exorbitante de sus pactos; su nombramiento hubiera sido solicitado por el deudor o, en su caso, por los acreedores. En este último caso corresponderá a los acreedores correr con los costes y honorarios del administrador [art. 5.3 Directiva (UE) 2019/1023].

4. Mecanismos para facilitar la negociación de los planes de reestructuración preventiva. En aras de facilitar la negociación de los planes de reestructuración preventiva, el legislador comunitario incide en dos aspectos. Por un lado, en la conservación de las facultades de gestión del deudor y, por otro, en la suspensión de las ejecuciones singulares de créditos para facilitar la adopción y realización de los planes de reestructuración.

En efecto, como se justifica en el considerando 30 de la Directiva (UE) 2019/1023, «para evitar costes innecesarios, reflejar el carácter anticipatorio de la reestructuración preventiva y animar a los deudores a solicitar la reestructuración preventiva en un momento temprano de sus dificultades financieras, tales deudores deben conservar, en principio, el control sobre sus activos y gestión cotidiana de su actividad empresarial». De este modo se sanciona como «[L]os Estados miembros velarán por que el deudor que sea parte en los procedimientos de reestructuración preventiva conserve

totalmente, o al menos en parte, el control sobre sus activos y sobre la gestión diaria de la empresa [art. 5.1 Directiva (UE) 2019/1023]».

Igualmente el legislador comunitario ha podido comprobar como con frecuencia los acreedores individuales del deudor pueden obstaculizar la negociación de los planes de reestructuración al instar la ejecución de sus créditos vencidos y exigibles cuando el deudor se encuentra en un estado próximo a la insolvencia cuando no ya en estado de insolvencia inminente (*race to grab*). Esta forma de proceder puede afectar a activos necesarios para la conservación de la empresa del deudor. Para comprobar la concurrencia de presupuestos que justifiquen la suspensión de las ejecuciones singulares se prevé que su eficacia se supervise ya sea por la autoridad judicial o por la autoridad administrativa. En la concreción de las categorías de créditos cuya ejecución es susceptible de ser suspendida en virtud de un plan de reestructuración temprana, la Directiva (UE) 2019/1023, reconoce la posibilidad de que la suspensión pueda llegar a afectar a todas las categorías de créditos, también a los garantizados y créditos preferentes [art. 6.2 Directiva (UE) 2019/1023]. Se excepcionan, sin embargo, los créditos que titulen los trabajadores, salvo que efectivamente se justifique la necesidad de su suspensión y hubiesen quedado suficientemente garantizados en los términos reseñados en el art. 6.3.

En todo caso, en la ejecución de la Directiva debe prevalecer la subordinación finalista de las decisiones en materia de suspensión de ejecuciones al objetivo de prevención de la insolvencia del deudor. Se prevé, por lo tanto, que los Estados miembros pueden excluir determinados créditos que se hubieran autorizado [art. 6.4 Directiva (UE) 2019/1023] y, también, que las suspensiones autorizadas puedan levantarse cuando no contribuyan a la prevención de la insolvencia del deudor o cuando uno o varios acreedores o varias categorías de acreedores puedan verse injustificadamente perjudicados [art. 6.9 Directiva (UE) 2019/1023].

5. Adopción y confirmación de los planes de reestructuración. Los artículos 9 y 10 de la Directiva (UE) 2019/1023 se ocupan de la adopción de los planes de reestructuración y de su confirmación. En relación a esta última, determinados encuentran supeditada su eficacia a que se confirmen por la correspondiente autoridad judicial o administrativa. Este es el caso de los planes que tengan eficacia exorbitante por incidir en los intereses de *partes afectadas* disidentes, o de los planes que incorporen nueva financiación o impliquen la pérdida de más del 25% del personal si la normativa así admitiese [art. 10.1 Directiva (UE) 2019/1023].

Tanto los planes de reestructuración sujetos a confirmación administrativa o judicial como los que no han de estar a las exigencias de adopción que se recogen en el art. 9 de la Directiva. Se presta singular atención a la ordenación de los acreedores por categoría de créditos a los efectos de articular la adopción del acuerdo. En este sentido, aun encontrándonos en fase preconcursal, el legislador comunitario prevé la posibilidad de que, al igual que las partes que no se vean afectadas por el plan de

reestructuración no tengan reconocido derecho a voto para la aprobación de los planes, los legisladores nacionales puedan establecer asimismo que tampoco lo tengan los que en un eventual proceso concursal pasen a titular créditos subordinados [art. 9.3 Directiva (UE) 2019/1023].

Con carácter general se ha dispuesto que las distintas *partes afectadas* por el plan de reestructuración hayan de integrarse en diferentes categorías de acreedores a los efectos de la adopción del plan de reestructuración. Esta exigencia puede decaer para las PYMES [art. 9.4 Directiva (UE) 2019/1023]. En relación a estos extremos el legislador comunitario autoriza a los Estados miembros para que puedan prever que para que el plan resulte aprobado en cada una de las referidas categorías deba alcanzarse una mayoría del número de *partes afectadas* [art. 9.6.1 Directiva (UE) 2019/1023]. En todo caso, estas mayorías no han de superar el 75% del importe de créditos o intereses integrados en cada categoría o, cuando proceda, del número de *partes afectadas* en cada categoría [art. 9.6. II Directiva (UE) 2019/1023].

6. Protección de las actuaciones en ejecución de los planes de reestructuración. Entre los principales problemas relativos a la negociación y ejecución de las operaciones de reestructuración en situaciones de dificultades financieras se encuentra el referido al mantenimiento de sus efectos en los supuestos en que fracasada la reestructuración se declare en un momento posterior la insolvencia y se abra el concurso de acreedores del deudor. En efecto, en relación a los efectos de la declaración del concurso es frecuente que los diferentes Derechos nacionales prevean que lo actuado por el deudor concursado en un período anterior a su insolvencia se sujete a revisión. Y ello al objeto de que se declare la ineficacia de los actos que hubieran tenido una incidencia negativa en la conformación de la masa activa o sean susceptibles de afectar negativamente al principio de igualdad de trato de los acreedores en el concurso (*par conditio creditorum*).

Atendida la concurrencia de este riesgo de revisión e ineficacia se comprende su incidencia negativa en la adopción y ejecución de planes de reestructuración cuando el deudor se encuentre en una situación próxima a la insolvencia. A los efectos de prevenir este escenario, el legislador comunitario ha sancionado que los Estados miembros deberán garantizar que en caso de la posterior insolvencia del deudor no podrán ser declaradas nulas, anulables o inejecutables las operaciones que fueren razonables y necesarias inmediatamente para el plan de reestructuración con fundamento en que dichas operaciones sean perjudiciales para el conjunto de los acreedores salvo que concurriesen otros motivos adicionales establecidos por la normativa nacional [art. 18.1 Directiva (UE) 2019/1023].

La anterior protección deberá extenderse, igualmente, a las operaciones razonables y necesarias inmediatamente para la ejecución de un plan de reestructuración que se efectúe conforme con los términos en que el plan hubiese sido confirmado por una autoridad judicial o administrativa [art. 18.5 Directiva (UE) 2019/1023]. Ahora bien, tal

protección habrá podido haberse reconocido *ex ante* según decisión de los Estados miembros cuando se sujete el plan de reestructuración a un previo control por la autoridad judicial o administrativa [art. 18.2 Directiva (UE) 2019/1023].

Otro aspecto que ha llamado la atención del legislador comunitario es el relativo al acceso a las nuevas fuentes de refinanciación a través de procedimientos de reestructuración (*fresh money*). El acceso a nuevas fuentes de financiación en los procedimientos de reestructuración puede ser basal para su éxito. Sin embargo, el acceso a esta nueva financiación puede verse comprometido atendida la eventualidad de un posterior concurso en el supuesto en que el plan de reestructuración no sea suficiente para impedir que el deudor llegue a encontrarse en estado de insolvencia. En este supuesto, en línea de principio, el acreedor que a través de nueva financiación hubiese contribuido a hacer viable la reestructuración fallida quedaría sujeto a la ley del dividendo o, incluso, podría ver cómo la consideración de su crédito en el concurso sufre un deterioro si llega a declararse la rescisión de la operación de que trae causa y se aprecia la concurrencia de mala fe en su actuación. En relación con esta última posibilidad, la actuación legislativa de los Estados miembros ha de orientarse entonces a la introducción de disposiciones tendentes a que se mantenga la eficacia de las operaciones de acceso a la nueva financiación si llegase a declararse el posterior concurso del deudor [arts. 18.1 y 18.5 Directiva (UE) 2019/1023].

7. Exoneración del pasivo insatisfecho. La Directiva 2019/1023 no solo pretende uniformar el régimen de los distintos Estados miembros en materia de reestructuración preventiva para evitar la insolvencia de empresas viables que se encuentren en situación de dificultades financieras. Se introducen asimismo disposiciones tendentes a aproximar la legislación nacional a efectos de que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de su deudas transcurrido un período de tiempo razonable para que así puedan acceder a una segunda oportunidad (*fresh start*).

La Directiva no incorpora normas vinculantes para los Estados miembros en materia de sobreendeudamiento de los consumidores. No obstante, se recomienda a los Estados miembros que apliquen también a los consumidores, en el plazo más breve posible, las disposiciones de la Directiva en materia de exoneración de deuda [Considerando 21 de la Directiva (UE) 2019/1023].

El legislador comunitario se ha mostrado particularmente preocupado por el período de tiempo que hubiese de transcurrir hasta que el deudor resulte, efectivamente, exonerado de tener que satisfacer el pasivo insatisfecho. Se establece que cuando el Derecho nacional prevea un procedimiento conducente a la exoneración de deudas, los Estados miembros deben garantizar que al menos uno de dichos procedimientos permita acceder al beneficio dentro de un plazo que sea superior a tres años. Ahora bien, consciente de que la exoneración de deudas tras un período no superior a tres años no constituye una solución adecuada en toda circunstancia, se admite que

pueda ser necesario que las normas nacionales establezcan excepciones debidamente justificadas [arts. 21.1 y 23 Directiva (UE) 2019/1023].

Del mismo modo, se prevé que cuando existan razones conforme al Derecho nacional que así lo justifiquen podría limitarse la exoneración para determinadas categorías de deuda [art. 23.4 Directiva (UE) 2019/1023]. Se sanciona que los Estados miembros puedan poder excluir deuda garantizada de la posible exoneración solamente hasta la cuantía del valor de la garantía conforme a la normativa nacional. El resto de la deuda, por el valor no cubierto por la garantía, ha de considerarse deuda no garantizada [considerando 81 Directiva (UE) 2019/1023].

Se ha admitido también que la discriminación entre deuda profesional y personal no siempre es sencilla. En este sentido, se prevé que si las referidas deudas son susceptibles de exoneración y no pueden separarse de modo razonable los Estados velen por que sean tratadas en un procedimiento único [art. 24.1 Directiva (UE) 2019/1023].

8. Plazo de transposición. Salvo las disposiciones relativas a la utilización de medios electrónicos de comunicación, art. 28 Directiva (UE) 2019/1023, los Estados miembros adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2021 las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones recogidas en la Directiva [art. 34.1 Directiva (UE) 2019/1023]. Como excepción los Estados miembros que experimenten especiales dificultades para aplicar la Directiva podrán disfrutar de una prórroga máxima de 1 año sobre el referido plazo [art. 34.2 Directiva (UE) 2019/1023].

Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza
imoral@ual.es