

A QUÉ DEBEMOS ESTAR ATENTOS EN 2022 EN ESPAÑA EN MATERIA DE RESTRUCTURACIONES Y LITIGACIÓN FINANCIERA

En estos primeros días del año 2022, repasamos los temas de actualidad en materia concursal y de litigación financiera, que marcarán el devenir de estas prácticas en los próximos doce meses.

A nivel legislativo y judicial, 2021 ha sido -de nuevo- un año marcado por el COVID. Las medidas adoptadas en España desde el inicio de la pandemia han dado como resultado un escenario de *standby* en nuestro tejido empresarial.

Las empresas en dificultades financieras han disfrutado de una moratoria que les ha permitido retrasar la adopción de medidas como el concurso o la liquidación, y han accedido -en muchos casos- a ayudas públicas, directas o indirectas, que han facilitado su supervivencia durante este difícil período.

Estas medidas, que también se han adoptado en otros países de nuestro entorno, han hecho posible la viabilidad de muchos negocios. El precio que se ha pagado por ello, además de un endeudamiento *público* sin precedentes (que antes o después será sufragado por empresas y particulares, con el consiguiente impacto en el mercado), ha sido la subsistencia de empresas *zombies*, que no eran viables ya antes del COVID y que han quemado fondos públicos, a pesar de estar condenadas a la insolvencia.

Estas empresas serán las primeras en caer cuando cese el *doping* financiero y legal que se ha venido extendiendo en el tiempo para retrasar el fatal desenlace. Pero no serán las únicas, porque algunas empresas que eran viables antes de la pandemia no podrán hacer frente a las consecuencias de las sucesivas olas de COVID y se verán también arrastradas a la crisis.

Consciente de ello, el legislador intenta dar un nuevo impulso a los instrumentos preventivos del concurso, que pasan a denominarse planes de reestructuración, que hasta ahora habían tenido un efecto útil, aunque en general limitado a empresas de gran tamaño.

La mayor parte de los estudios descartan por ahora una grave recesión en España a corto plazo. Más bien, apuntan a un proceso gradual de depuración del tejido empresarial, que forma parte de la dinámica de la economía de mercado y que no conviene retrasar por más tiempo, so pena de agravar su alcance.

Aspectos clave

La actualidad en materia concursal y de litigación financiera para 2022:

- El fin de la moratoria concursal
- La reforma de la Ley Concursal
- Trasposición de la Directiva de *servicers* y compradores de carteras de NPL
- Los préstamos con aval del ICO
- La jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo en materia de litigación bancaria

Este cambio de tendencia se sitúa a mediados de 2022, coincidiendo con el cese de la moratoria concursal, y abrirá un nuevo escenario, en el que veremos más concursos -cuestión distinta es su desenlace- y un incremento de los procedimientos de restructuración de deudas, que deberían servir también a empresas de menor tamaño.

En 2022 también cesarán los efectos de las medidas dispuestas para contener los problemas de solvencia de los negocios afectados por la pandemia. Además, se producirán los primeros impagos en financiaciones avaladas por el ICO.

En la era post-COVID, el objetivo declarado por la UE de crear un mercado secundario a nivel comunitario para los préstamos dudosos, conocidos como Non Performing Loans ("NPLs") puede tener más sentido que nunca. El legislador comunitario ha dispuesto las bases para regular la actividad de los principales operadores de este mercado (servicers y adquirentes de carteras).

Por último, respecto a la litigación bancaria, existen todavía cuestiones pendientes de definición por los tribunales, que deberían ser aclaradas durante este año.

A todas estas cuestiones habrá que estar atentos durante el ejercicio 2022.

1. EL FIN DE LA MORATORIA CONCURSAL

El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico una moratoria concursal como respuesta a los problemas de solvencia que el estallido de la pandemia y las medidas de contención para frenar la expansión del COVID estaban generando en el entramado empresarial.

Durante la vigencia de esta medida se ha mantenido suspendida la obligación de solicitar concurso voluntario (en un plazo de dos meses desde el inicio de la insolvencia) y se ha impedido dar curso a las solicitudes de concurso necesario presentadas por los acreedores.

La moratoria, que se inició bajo la vigencia del Estado de Alarma, se ha venido extendiendo durante casi dos años. El Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, por el que se prorrogan determinadas medidas para apoyar la recuperación, estableció la última prórroga (hasta el momento) hasta el 30 de junio de 2022.

A medida que se vaya terminando la liquidez a las empresas en dificultades, irán aumentando las refinanciaciones y los concursos, a pesar de la moratoria. En cualquier caso, tendremos que esperar hasta la segunda mitad del ejercicio 2022 para conocer los efectos del levantamiento de esta medida.

La moratoria concursal no significa que el administrador de una empresa en crisis no pueda o no deba instar el concurso. El hecho de que, hasta junio de 2022, no se presuma culpable el concurso cuando el deudor haya permanecido más de dos meses en situación de insolvencia no significa que el administrador no pueda responder por la agravación de la insolvencia, si siendo consciente de que la situación es irreversible, no hace nada (de forma gravemente negligente), en perjuicio de la sociedad y de sus acreedores.

2. LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL

El 21 de diciembre de 2021, el Consejo de Ministros remitió a las Cortes el Proyecto de reforma de la Ley Concursal, que tiene como objetivo la trasposición a la legislación española de la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva.

El nuevo texto refuerza los instrumentos preconcursales, potenciando los mecanismos que sirven para que las empresas viables puedan prevenir la insolvencia.

Esta disposición pretende adelantar en el tiempo la posibilidad de utilizar los mecanismos preconcursales, en caso de "probabilidad de insolvencia", concepto que cubre el periodo anterior a la insolvencia inminente. También refuerza la fase de negociación con los acreedores, ampliando los efectos de la presentación en el Juzgado de una comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores, no sólo sobre los créditos sino también sobre los contratos en los que sea parte el deudor, y posibilitando la extensión de su plazo (hasta ahora de cuatro meses) por tres meses más.

También se extiende el alcance de los planes de reestructuración de deuda, haciendo posible el arrastre, no sólo de los acreedores disidentes, sino también de los socios (contra su voluntad), cuando se compruebe que su participación no tiene valor, a raíz del endeudamiento existente.

El Gobierno ha anticipado que la reforma de la Ley Concursal entrará en vigor antes de julio de 2022.

3. LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA PARA SERVICERS Y COMPRADORES DE CARTERAS DE NPL

El 8 de diciembre de 2021 se publicó en el DOUE la Directiva (UE) 2021/2167, de 24 de noviembre de 2021, que establece las bases para la regulación por los Estados Miembros de la actividad de los dos principales actores del mercado de NPLs: los servicers y los compradores de carteras.

El objetivo principal de la Directiva es facilitar la transmisión de los NPL a través de la creación de un mercado secundario a nivel europeo. El legislador pretende conjugar este propósito con el refuerzo de la protección de los derechos de los prestatarios.

En lo que respecta a los servicers, la Directiva impone la necesidad de operar al amparo de una autorización otorgada por el Estado Miembro de origen, que sería reconocida por los Estados Miembros dónde este vaya a operar. Estas autorizaciones deberán ser concedidas antes del 29 de junio de 2024. Además, se establece un régimen de supervisión de su actividad y un sistema de sanciones como reacción ante los incumplimientos.

La regulación de mínimos que establece la Directiva para obtener la autorización ya hace necesaria una revisión en profundidad de los programas de compliance de los servicers. Además, teniendo en cuenta los requisitos legales que establece este texto, pasaremos de hablar de un compliance puramente penal, a tratar de programas más ambiciosos, que cubran también aspectos civiles (bancarios, de consumo y contractuales), financieros y de protección de datos, y que puedan adaptarse a los requisitos de derecho nacional en varias jurisdicciones.

En cuanto a los compradores de cartera, se busca mejorar su acceso a la información en la fase precontractual de due diligence. Para ello, se busca estandarizar y sistematizar la información de cada NPL. Según el texto de la Directiva, esta normalización de la información afectará, al menos, a los créditos que se hayan convertido en dudosos desde el 28 de diciembre de 2021. En consecuencia, los vendedores de créditos (entidades financieras o titulares de carteras) tendrán que desarrollar mejoras en sus sistemas de tratamiento de la información sobre los créditos, para garantizar que se cumplan las obligaciones de reporting de las posiciones fallidas.

Asimismo, los compradores de cartera que no estén domiciliados en un Estado Miembro deberán designar a un representante en un Estado Miembro, que será el responsable del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Directiva.

La Directiva establece que los Estados Miembros deberán trasponer esta regulación antes de diciembre de 2023. Aunque el horizonte temporal para el acatamiento de las obligaciones es amplio, debe tenerse en cuenta que el trabajo por hacer es también extenso.

4. LOS PRÉSTAMOS CON AVAL DEL ICO

El Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, estableció un paquete de medidas extraordinarias para solucionar los problemas de solvencia generados por la pandemia en determinados negocios. Esta regulación fue completada por el Real Decreto-Ley 5/2021, de 12 de marzo y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2021 que aprueba el Código de Buenas Prácticas, al que se han adherido la mayor parte de las entidades financieras que operan en España.

Entre otras medidas, los textos indicados reconocen ayudas directas y una línea de avales gestionada por el ICO para garantizar parcialmente la financiación otorgada por entidades financieras a empresas y autónomos que cumplan ciertas condiciones.

Además, las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas deberán, a solicitud de sus clientes y cuando se cumplan ciertos requisitos, (i) ampliar el plazo de vencimiento de las operaciones que cuenten con aval del ICO; (ii) convertir los préstamos con aval del ICO en préstamos participativos o (iii) negociar quitas para reducir la deuda del solicitante (avalada y sin avalar) generada desde el 17 de marzo de 2020.

En noviembre del 2021, el Consejo de Ministros extendió hasta el 1 junio de 2022 el plazo para que empresas y autónomos pudiesen solicitar tanto las líneas de avales del ICO, como el acogimiento a las medidas que resultan del Código de Buenas Prácticas.¹

A medida que se agote la liquidez de las empresas, lo que en gran medida vendrá condicionado por el vencimiento de los plazos de carencia, se iniciarán las reestructuraciones de esta deuda y los litigios derivados de su impago.

Habrà que esperar para ver cómo reacciona la Administración, en cuanto a la negociación de estos créditos y a su reclamación ante los Tribunales. En nuestro derecho, el avalista ha de consentir una eventual novación de la deuda entre deudor y acreedor. Y el ICO viene exigiendo que cualquier

¹ Resolución de 30 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa.

novación que suscriba una entidad financiera adherida al Código de Buenas Prácticas dispense a los créditos garantizados por el ICO frente a ese deudor un tratamiento al menos igual al de los acreedores que refinancian su deuda.

5. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE LITIGACIÓN BANCARIA

Durante este 2022, deberían resolverse varias cuestiones pendientes en materia de litigación financiera de consumo, algunas de gran trascendencia práctica:

- La aplicación del **régimen de prescripción de la acción de restitución** de importes abonados al amparo de cláusulas abusivas, pendiente de resolución por el TJUE:
<https://www.cliffordchance.com/briefings/2021/10/nulidad-de-clausulas-abusivas---el-reembolso-al-consumidor--a-ex.html>
- Los límites para declarar la **abusividad de la cláusula que referencia los intereses de un préstamo al índice IRPH**, pendiente de resolución definitiva por la Sala Primera del Tribunal Supremo:
<https://www.cliffordchance.com/briefings/2021/11/irph---a-la--segunda--va-la-vencida--el-tjue-confirma-que-no-cab.html>
- Las posibilidades de análisis en términos de **transparencia y abusividad de la cláusula que regula la comisión de apertura**, pendiente igualmente de resolución por el TJUE.

Si bien no desarrollaremos las primeras dos cuestiones por haberlas tratado en Client Briefings anteriores, en materia de IRPH sí debemos llamar la atención sobre una reciente sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de A Coruña, de 29 de noviembre de 2021, que declara la nulidad de la cláusula de tipo de interés referenciada a IRPH por infracción de normativa imperativa, en concreto, por infringir la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Una posición similar adopta el Juzgado de Primera Instancia nº 7 bis de Pamplona en su sentencia de 9 de diciembre de 2021. Se abre, por tanto, una vía alternativa a la nulidad por abusividad de la cláusula.

Respecto de la cláusula que regula la comisión de apertura, en un Auto de 10 de septiembre de 2021, el Tribunal Supremo planteó al TJUE una cuestión prejudicial en la que solicitaba que se pronunciase sobre la adecuación a la Directiva 93/13/CE de la línea jurisprudencial de la Sala Primera en esta materia.

Recordemos que el Tribunal Supremo considera (i) que la cláusula indicada no puede ser analizada en términos de abusividad si es transparente (esto es, si está redactada de forma clara y comprensible), al constituir un elemento esencial del contrato y (ii) que esta cláusula no genera un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes (vid. sentencia del Pleno de 23 de enero de 2019).

No es la primera vez que el TJUE se pronuncia sobre esta cláusula. La sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 resolvió la cuestión contraviniendo frontalmente la línea jurisprudencial de la Sala Primera. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que, en aquella ocasión, el TJUE estaba condicionado por el planteamiento distorsionado que realizó el juzgado de instancia al elevar la cuestión prejudicial.

Habrà que esperar para ver si el TJUE mantiene su posición actual o alinea su criterio con el del Tribunal Supremo.

CONTACTOS



Iñigo Villoria
Socio

T +34 91 590 9403
E inigo.villoria
@cliffordchance.com



Eduardo García
Socio

T +34 91 590 9411
E eduardo.garcia
@cliffordchance.com



Epifanio Pérez
Socio

T +34 91 590 9480
E epifanio.perez
@cliffordchance.com



Rodrigo Uría
Socio

T +34 91 590 9408
E rodrigo.uria
@cliffordchance.com



Alexandra Borrallo
Abogada senior

T +34 91 590 9406
E alexandra.borrallo
@cliffordchance.com



Laura del Campo
Abogada senior

T +34 91 590 9479
E laura.delcampo
@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Chance, Paseo de la Castellana 110, 28046
Madrid, Spain

© Clifford Chance 2021

Clifford Chance, S.L.P.

Abu Dhabi • Amsterdam • Bangkok •
Barcelona • Beijing • Brussels • Bucharest •
Casablanca • Doha • Dubai • Düsseldorf •
Frankfurt • Hong Kong • Istanbul • Jakarta* •
London • Luxembourg • Madrid • Milan •
Moscow • Munich • New York • Paris • Perth •
Prague • Rome • São Paulo • Seoul •
Shanghai • Singapore • Sydney • Tokyo •
Warsaw • Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association with
Clifford Chance.

Clifford Chance has a co-operation agreement
with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm
in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship
with Redcliffe Partners in Ukraine.