

El coste de los procedimientos de insolvencia

 https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte01_2

ANA BELÉN CAMPUZANO*

Resumen: Los procedimientos de insolvencia conllevan unos costes temporales, económicos y reputacionales para las empresas que recurren a los mismos. La reforma española del Derecho de la Insolvencia contempla medidas que procuren un menor coste tanto del concurso de acreedores, como del preconcurso y procedimiento especial para microempresas, de conformidad con las previsiones de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, mejorar la eficiencia, rapidez y eficacia de los procedimientos que se ponen a disposición de los deudores.

Palabras Clave: Derecho de la Insolvencia; eficiencia; coste; microempresas

Abstract: Insolvency proceedings entail temporal, economic and reputational costs for the companies that resort to them. The Spanish reform of Insolvency Law envisages measures to reduce the cost of insolvency proceedings, as well as of pre-insolvency and special proceedings for micro-enterprises, in accordance with the provisions of the Restructuring and Insolvency Directive, and to improve the efficiency, speed and effectiveness of the procedures available to debtors

Keywords: Insolvency Law, efficiency, costs, micro-enterprises

Sumario: I. La eficiencia del Derecho de la insolvencia. 1. La Directiva sobre reestructuración e insolvencia y su transposición a la

* Catedrática de Derecho Mercantil, Universidad San Pablo CEU. El trabajo se integra en el marco de las investigaciones desarrolladas en el Proyecto *Sostenibilidad corporativa y reestructuración empresarial* PID2021-125466NB-I00 (financiado por MCIN/ AEI / 10.13039/501100011033 / FEDER, UE) y en el Grupo de Investigación de la Universidad San Pablo CEU *Gobierno Corporativo y Gestión de Riesgos* (C22/0720) y de la Cátedra de la Universidad San Pablo CEU y Mutua Madrileña.

legislación concursal española. 2. El derecho preconcursal. 3. El procedimiento para microempresas, pequeñas y medianas empresas. II. El coste de la insolvencia. 1. El coste temporal. 2. El coste económico. 3. El coste reputacional. III. Bibliografía.

I. LA EFICIENCIA DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA

1. La Directiva sobre reestructuración e insolvencia y su transposición a la legislación concursal española

La celeridad, eficacia -capacidad de lograr el efecto que se desea o espera- y eficiencia -capacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos-¹ forman parte de los postulados fundamentales del derecho de la insolvencia y su consecución deviene imprescindible para alcanzar un coste equilibrado de los procedimientos que se contemplen para su gestión y resolución. El derecho de la insolvencia persigue, en esencia, articular procedimientos y procesos que den respuesta a los complejos y diversos problemas que se plantean ante una crisis financiera, económica o patrimonial de un deudor cuya condición -persona natural, persona jurídica, grupos de empresa, herencia...- resulta con frecuencia determinante para su proyección con eficacia y eficiencia frente al objetivo de satisfacción de los acreedores. A partir de esta noción básica, las matizaciones y precisiones que pueden incorporarse son numerosas y conocidas, aunque la permanencia del debate sobre las mismas ya da una idea de las dificultades inherentes a esta disciplina, en la que con frecuencia las legislaciones oscilan -entre judicializar o desjudicializar, priorizar la conservación de la actividad económica o la satisfacción de los acreedores, perseguir o no civilmente las conductas del deudor...- sin terminar de encontrar esa deseada

¹ Las dos acepciones que del término eficiencia recoge el Diccionario de la Real Academia Española se centran en la capacidad, de un lado, de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado y, de otro lado, de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos. En cuanto la eficiencia es un objetivo central de la Directiva europea, su consecución justifica muchas de las medidas que se incorporan en la reforma de la legislación concursal española, aunque es evidente que otras modificaciones responden a la negativa experiencia acumulada en los últimos años en este ámbito, tanto desde la perspectiva de su defectuosa previsión legislativa como desde la óptica de las incertidumbres generadas en la aplicación práctica de las reglas fijadas.

eficacia y eficiencia. En ese debate, 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) persigue *contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento, resultantes de las diferencias entre las normativas y los procedimientos nacionales en materia de reestructuración preventiva (...), eliminando tales obstáculos sin que ello afecte a los derechos fundamentales y libertades de los trabajadores, garantizando que: las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad (...) y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración.* En línea con estas consideraciones se pronuncia también la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo para armonizar determinados aspectos del Derecho concursal, de diciembre de 2022².

En este contexto, la mayoría de las legislaciones europeas ha avanzado en las soluciones negociadas a las crisis financieras, económicas y patrimoniales, en el entendimiento de que las mismas procuran un marco de resolución más rápido y, en definitiva, eficiente a las mismas³. Ello supone un paso más en la evolución y consolidación de

² *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law*, de 7 de diciembre de 2022 (COM(2022) 702 final).

³ La invocación a la Directiva y el correspondiente proceso legislativo para su incorporación es el camino que ha seguido la legislación española. La Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLC) ya destacaba que *la imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho vigente que representa este texto refundido no excluye que el proceso de reforma del derecho de la insolvencia haya finalizado. España tiene pendiente de transponer la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que tiene como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de*

las alternativas negociadas en el seno de lo que viene denominándose derecho preconcursal, como vía para la resolución de la insolvencia. En este devenir se han ido perfilando aspectos tan esenciales de estas soluciones negociadas como la de su naturaleza preventiva -en cuanto las dificultades económicas o financieras ante las que se actúa han de conducir a la insolvencia- y la necesaria viabilidad de la empresa. A partir de ahí, las herramientas para alcanzar la resolución de la crisis pueden ser diversas y simultáneas: refinanciar, reestructurar y/o reorganizar la deuda empresarial para superar la grave situación de dificultad económica o financiera⁴.

liberación de deudas. Pero el texto refundido que ahora se aprueba constituye la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa inexcusable transposición, tarea que, ya por sí misma reviste extraordinaria dificultad. Esta transposición se lleva a cabo a través de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, que no sólo incorpora las previsiones de la Directiva europea de 2019, sino que también realiza numerosos cambios por la experiencia acumulada en los últimos años de aplicación de la legislación concursal.

⁴ Que la reestructuración preventiva constituye uno de los ejes fundamentales de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, es una cuestión fácilmente deducible del hecho de que los “marcos de reestructuración preventiva” y las “medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración” se integren en el título de la misma. La opción por el fomento e impulso de los procedimientos de reestructuración encaja en esa creciente tendencia a incorporar soluciones preventivas en el derecho de la crisis económica. En ese contexto se sitúa la Directiva europea de 2019, cuyos principios y reglas se mantienen, así como las expectativas que ha generado su incorporación a la legislación de los Estados miembros, aunque su transposición no haya alcanzado todos los objetivos propuestos, en buena medida por la gran amplitud con la que contempla las medidas a incorporar, que difícilmente pueden procurar la aproximación pretendida.

En todo caso, la Directiva se entiende sin perjuicio del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia y demás normas de la Unión Europea o convencionales que regulen la materia, dado que el objetivo es que sea compatible y complementaria con dicho Reglamento, cuya aplicación es directa. Como se indica en los considerandos de la Directiva, el Reglamento 2015/848, de 20 de mayo, regula las cuestiones de competencia judicial, reconocimiento y ejecución, derecho aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia, así como la interconexión de los registros de insolvencia. Su ámbito de aplicación abarca los procedimientos preventivos que promueven el rescate de los deudores económicamente viables y los procedimientos de exoneración para los empresarios y otras personas físicas. Sin embargo, el Reglamento no aborda las disparidades en las normativas nacionales que regulan dichos procedimientos. Además, al limitarse a las insolvencias transfronterizas, el Reglamento no permite eliminar todos los obstáculos a la libre circulación y tampoco es viable que los inversores determinen de antemano la naturaleza

Pues bien, una de las cuestiones recurrentes en los procedimientos y procesos que las legislaciones establecen para afrontar las dificultades financieras o, en general, la insolvencia, es el de su coste. Integrando dentro del término coste tanto el relativo a la duración del procedimiento -el coste temporal- como estrictamente el coste económico del mismo, incluso el coste reputacional.

En el concurso de acreedores el impacto del coste económico es singularmente visible, entre otros aspectos, en la retribución de los profesionales intervenientes, en el tratamiento de los créditos contra la masa y en los supuestos de concurso con insuficiencia de masa sobrevenida y, sobre todo, originaria. No obstante, siendo estos elementos importantes, la mayor repercusión del concurso de acreedores se vincula con el coste temporal -el proceso judicial es largo y poco flexible- y reputacional -la declaración de concurso implica un relevante desapoderamiento del deudor y suele conllevar efectos negativos sociales-. Estas consideraciones no sólo justifican las diferentes medidas ensayadas para mejorar el proceso concursal, sino también el progresivo avance y consolidación de las alternativas preconcursales para afrontar las dificultades financieras y económicas, centradas tras la Directiva sobre reestructuración e insolvencia en los marcos de reestructuración preventiva.

Ambos propósitos subyacen en la modificación de la legislación concursal española. En efecto, la transposición de la Directiva europea y la propia experiencia acumulada en los años de vigencia de la derogada Ley Concursal de 2003 informan la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo. Atendiendo a lo indicado, esta reforma contempla medidas que procuren un menor coste del concurso de acreedores e incorpora un Derecho preconcursal

nacional o transfronteriza de las posibles dificultades financieras del deudor en el futuro. Por ello, a través de la Directiva se persigue, entre otras finalidades, establecer unas normas sustantivas mínimas para los procedimientos de reestructuración preventiva. Por otro lado, los Estados miembros que sean parte del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, firmado en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, y sus Protocolos, deben poder continuar cumpliendo sus obligaciones internacionales adquiridas. Las disposiciones de la Directiva relativas a los marcos de reestructuración preventiva deben aplicarse con las excepciones necesarias para garantizar una aplicación de dichas disposiciones sin perjuicio de la aplicación de dicho Convenio y de sus Protocolos.

dirigido a lograr una actuación temprana con las ventajas que a efectos de coste ello proporciona y un procedimiento especial para microempresas que pretende caracterizarse por su flexibilidad y bajo coste. En particular, estos dos últimos procedimientos, preconcurso y microempresa, conforman las principales alternativas de la legislación concursal española para, en línea con las previsiones de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, mejorar la eficiencia, rapidez y eficacia de los procedimientos que se ponen a disposición de los deudores.

2. El Derecho preconcursal

La Directiva sobre reestructuración e insolvencia incide en la detección temprana de las dificultades financieras y en la adopción de los procedimientos más adecuados para abordarlas, como medio para evitar con mayor probabilidad una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, para lograr un procedimiento de liquidación más ordenado y eficiente⁵.

Bajo estas premisas, en la legislación concursal española se suprimen los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago, como procedimientos preconcursales, y se integran en este ámbito la comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración y los planes de reestructuración dirigidos a ser homologados, que, eso sí, quedan restringidos a las personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional⁶. Se trata de dos instrumentos de derecho preconcursal

⁵ La conveniencia de articular procedimientos que afronten las dificultades financieras y económicas de forma temprana no es una preocupación legislativa novedosa. En el devenir legislativo para aproximarse a la consecución de este objetivo, la reestructuración (temprana) venía ya considerándose idónea. En particular, el Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, ya determina su ampliación a los procedimientos que estén dirigidos a la reestructuración de un deudor en una fase en la que la insolvencia es solo una probabilidad. Por eso, en su ámbito de aplicación dispone que en los casos en los que los procedimientos a que se refiere puedan iniciarse en situaciones en las que únicamente existe una probabilidad de insolvencia, su propósito será evitar la insolvencia del deudor o el cese de su actividad.

⁶ A partir de ahí, las previsiones legales se proyectan desde la perspectiva de que cualquier persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional pueda efectuar la comunicación de apertura de negociaciones con los

estrechamente relacionados, aunque no de forma absoluta, dado que no es imprescindible que se utilicen de forma conjunta. En efecto, es posible efectuar la comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración o solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración. El preconcurso, en especial los planes de reestructuración, debería permitir una actuación temprana con mejores resultados que el concurso de acreedores. En la reforma del texto refundido de la Ley Concursal los planes de reestructuración ocupan un lugar prevalente, considerados como un *instrumento preconcursal dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla* en cuya regulación *se ha preservado el carácter flexible (poco procedimental) de los acuerdos de refinanciación y se han incorporado elementos que les otorgan mayor eficacia que a estos últimos, como la posibilidad de arrastre de clases disidentes, sujeta al cumplimiento de ciertas salvaguardas para los acreedores, que constituye el núcleo del modelo.* No obstante, es discutible que se logre esta actuación temprana si se tiene en cuenta que en la legislación concursal española el preconcurso no sólo tiene como presupuesto la insolvencia probable o inminente, sino también la insolvencia actual y que las alertas tempranas incorporadas son muy reducidas. El

acreedores o solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración. Ciertamente, el diseño legal faculta al deudor para poner en marcha los referidos mecanismos preconcursales en los términos indicados -comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o solicitud directa de homologación de un plan de reestructuración- aunque en sede de planes de reestructuración, por tanto de forma previa a su posible homologación, también se confiere a los acreedores que reúnan determinado porcentaje de pasivo algunas opciones de actuación, principalmente vinculadas con la solicitud de nombramiento de experto. De manera que la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o la solicitud directa de homologación de un plan de reestructuración se configura como una facultad del deudor, mientras que en la solicitud de nombramiento de experto que se contempla en los planes de reestructuración se da entrada a la actuación de los acreedores que detenten determinados porcentajes de pasivo. La delimitación del presupuesto subjetivo se completa con una amplia lista de deudores que quedan excluidos: empresas de seguros o de reaseguros, entidades de crédito, empresas de inversión u organismos de inversión colectiva, entidades de contrapartida central, depositarios centrales de valores y otras entidades y entes financieros. Igualmente, en este presupuesto subjetivo tampoco se incluyen las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público, ni los deudores que reúnan la condición legal de microempresas que quedan obligatoriamente sujetas al procedimiento especial. Vid. Francisco GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Derecho preconcursal: una visión general», *Anuario de Derecho Concursal* 57 (2022) 9-49.

principio de alertas tempranas informa la Directiva sobre reestructuración e insolvencia y, en esa medida, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal incide en que lo tiene en cuenta, incorporando lo que considera como *algunos mecanismos de alerta temprana que permitan al deudor responsable detectar la necesidad de actuar para evitar o para encauzar la insolvencia*. Ahora bien, la opción legislativa en la reforma del texto refundido de la Ley Concursal es notoriamente reducida en lo que a la inclusión de alertas tempranas se refiere⁷, conformándose con incorporar el estado de insolvencia probable (probabilidad de insolvencia) que, además, convive con la insolvencia inminente y actual en el ámbito del preconcurso. Así, el preconcurso podría haberse configurado como una alternativa realmente previa al concurso, pero, sin embargo, se ha optado por admitirlo tanto en caso de insolvencia probable como de insolvencia inminente y actual.

⁷ La reforma del texto refundido de la Ley Concursal contempla, para pequeñas y medianas empresas en dificultades, servicios de asesoramiento en un estadio temprano con el propósito de evitar su insolvencia (a solicitud de las empresas, de carácter confidencial y sin que implique obligaciones de actuación a las empresas que recurran a él ni asunción de responsabilidad alguna para los prestadores del servicio) y el mantenimiento de la página web de “autodiagnóstico de salud empresarial” del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, de acceso libre y gratuito, que les permita evaluar su situación de solvencia. Igualmente, se prevé que, en el plazo máximo de seis meses desde su entrada en vigor, se determinarán las condiciones y requisitos bajo los cuales el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, pondrá a disposición del administrador societario que lo solicite un informe sobre la posición de riesgo de la sociedad en base a la información contenida en las cuentas. Y, además, se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para incluir lo que considera una medida de alerta, aunque se señale expresamente que muy tardía. Así, se establece que, en caso de ejecución judicial, si el ejecutado no señalare bienes susceptibles de embargo o el valor de los señalados fuera insuficiente para el fin de la ejecución, se introduce el deber a cargo del letrado de la Administración de Justicia de advertir al ejecutado de que, en caso de probabilidad de insolvencia, de insolvencia inminente o de insolvencia actual, puede comunicar al juzgado competente el inicio o la voluntad de iniciar negociaciones con acreedores para pactar un plan de reestructuración de la deuda, con paralización de las ejecuciones durante esa negociación; y que, si encontrándose en estado de insolvencia actual no lo hace, tiene el deber de solicitar la declaración de concurso de acreedores dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer ese estado de insolvencia. Por el contrario, no se han contemplado medidas de alerta temprana vinculadas a impagos impositivos o de cuotas que podrían haber procurado mayor alcance a la detección temprana de dificultades.

En estos términos se incorpora la probabilidad de insolvencia como estado previo a la insolvencia inminente y a la actual, vinculada fundamentalmente con el derecho preconcursal -aunque éste también sea posible en caso de insolvencia inminente y actual- e integrándose también la probabilidad de insolvencia en el presupuesto objetivo del procedimiento especial para microempresas y en caso de solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva (en ambas también se contempla la insolvencia inminente y actual)⁸. La principal novedad respecto a la probabilidad de

⁸ Entre otros, Ana Belén CAMPUZANO, «Los estados de insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal* 58 (2023) monográfico 15-46. La insolvencia probable, inminente y actual integra el presupuesto objetivo del preconcurso, del procedimiento especial para microempresas y de la solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva. Mientras que en el concurso de acreedores el presupuesto objetivo incluye la insolvencia inminente y la insolvencia actual, además de la insolvencia cualificada. El deudor no es el único legitimado para solicitar su concurso, sino que también existen otros legitimados para ello cuando concurra la denominada insolvencia cualificada. Así, si la solicitud de declaración judicial de concurso se presenta por un acreedor —o cualquier otro legitimado distinto del propio deudor— el presupuesto objetivo es también la insolvencia; pero el solicitante no tiene que alegar y, en su caso, probar que el deudor se encuentra en la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles, sino que tiene que alegar la concurrencia de un “hecho externo” de los denominados “presuntos reveladores de la insolvencia”. La insolvencia debe ser una insolvencia cualificada por la concurrencia de un hecho externo de particular gravedad. El acreedor ha de alegar la existencia de alguno de los hechos enumerados taxativamente por la Ley Concursal: la existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme; la existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago; la existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor; el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor; el sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades; y el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor. De no alegarse la existencia de alguno de estos hechos enumerados taxativamente, el juez no puede admitir a trámite la solicitud. Por esta razón, cuando la solicitud procede de acreedor es necesario esperar a que la insolvencia se manifieste o exteriorice a través de alguno de esos hechos para que el acreedor pueda solicitar ante juez competente la declaración judicial de concurso. Vid. Ángel Rojo, «Presupuesto objetivo», en Ángel Rojo / Emilio BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, vol. I, Madrid, 2006, 164-193.

insolvencia es su determinación temporal: se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años. Pues bien, en ese marco se conforman legalmente los estados de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual que se ordenan secuencialmente: la probabilidad de insolvencia es un estado previo a la insolvencia inminente (se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones)⁹

⁹ Esta delimitación temporal del estado de insolvencia inminente -tres meses- procede de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, ya que con anterioridad dicho estado se contemplaba, pero de forma indeterminada. En efecto, previamente lo único que se indicaba era que el estado de insolvencia inminente era aquel en el que el deudor preveía que no podría cumplir regular y puntualmente sus obligaciones, sin ningún tipo de indicación temporal al respecto. Por ello, se consideraba que la insolvencia inminente se configuraba en torno a la puntualidad en el pago, presentándose así como una situación de futuro, dado que el deudor todavía no ha incumplido puntualmente sus obligaciones exigibles, pero es previsible que ello se produzca en un plazo más o menos próximo, no delimitado legalmente (Auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de 8 de septiembre de 2008; Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Tarragona de 14 de marzo de 2022). Pues bien, en su momento, en la concepción de la derogada Ley Concursal de 2003, se consideró suficiente esta previsión de insolvencia inminente como presupuesto para el concurso voluntario, aunque con el transcurso del tiempo se pusieron de manifiesto no pocas dificultades interpretativas a la hora de determinar cuándo concurría dicho estado de insolvencia inminente. Esta indeterminación, unida a la frecuente tendencia a recurrir a los procesos de insolvencia cuando este estado se ha agravado, influyen en el reducido número de concursos que, frente a lo esperado, han sido declarados sin controversia con la insolvencia inminente como presupuesto objetivo (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15^a, de 25 de noviembre de 2020). La delimitación temporal que ahora precisa el estado de insolvencia inminente -tres meses- pretende reducir algunas de esas controversias y, de forma adicional, marcar un tiempo secuencial que permita fijar estados temporales sucesivos respecto a la insolvencia actual, la insolvencia inminente y la insolvencia probable. Desde esa consideración, se conforma como una previsión de no poder cumplir regular y puntualmente las obligaciones dentro de los tres meses siguientes. Mientras que la insolvencia actual gira en torno al deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, la insolvencia inminente lo hace respecto al deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones dentro de los tres meses siguientes. El concepto se construye, pues, en torno a la previsión de la imposibilidad de cumplir en ese período. El adjetivo inminente significa “que amenaza o está para suceder prontamente”; insolvencia inminente equivale a insolvencia amenazante. De un lado, la insolvencia inminente exige una previsión

y ésta un estado previo a la insolvencia actual (se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles)¹⁰. El alcance de esos estados se diseña en el texto refundido de la Ley Concursal con flexibilidad. Mientras que el acceso al concurso de acreedores requiere insolvencia inminente o actual -además de la insolvencia cualificada y de que en caso de solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva se contemple también la probabilidad de insolvencia- la opción por un instrumento preconcursal dispone de un presupuesto objetivo específico, la probabilidad de insolvencia, pero no se restringe el acceso en situación de insolvencia inminente o actual. A este respecto, el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre,

de la imposibilidad de cumplir de modo regular y puntual las obligaciones existentes a medida que sean exigibles dentro de los tres meses siguientes. Al tratarse de una previsión, la insolvencia inminente no es un estado absolutamente seguro. De otro lado, insolvencia inminente no equivale a insolvencia en potencia y tampoco equivale a insolvencia posible. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea la imposibilidad de cumplir regular y puntualmente sus obligaciones dentro de los tres meses siguientes, y no el que prevea simplemente como posible que se encontrará en ese estado. El objeto de esa previsión es la imposibilidad de cumplir y, además, que esa situación se va a prolongar en el tiempo.

¹⁰ La insolvencia actual es, pues, la imposibilidad de cumplir de modo normal las obligaciones a medida que vengan y sean exigibles por los acreedores. El deber del deudor de solicitar la declaración de concurso se vincula exclusivamente a la insolvencia actual: el deudor debe solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual. No se establece ese deber, por el contrario, en el estado de insolvencia inminente. Vid. Emilio BELTRÁN, «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *Anuario de Derecho Concursal* 11 (2007) 29-52; e «Insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia cualificada», en Jose Antonio GARCÍA-CRUces / A. SARCINA, *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa (profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto)*, Bari, 2008, 51-71. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que el deudor -persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional- que se encuentre en estado de insolvencia actual puede comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra, en tanto no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario. Transcurridos tres meses desde la comunicación, el deudor que no haya alcanzado un plan de reestructuración debe solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente, salvo que no se encontrara en estado de insolvencia actual. Esta previsión, en caso de prórroga de los efectos de la comunicación, se aplicará a partir de la fecha en que finalice esa prórroga.

de reforma del texto refundido de la Ley Concursal incide en que, ciertamente, la Directiva no establece como presupuestos del preconcurso los mismos presupuestos del concurso de acreedores, sino uno específico; pero no prohíbe esa extensión. En la consideración legislativa esta opción flexible permite, mientras que la empresa sea económicamente viable, la reestructuración para evitar los riesgos de destrucción de valor asociados al procedimiento concursal. De manera que en el preconcurso el presupuesto objetivo abarca desde la probabilidad de insolvencia, a la insolvencia inminente y actual. La opción legislativa es clara, pero ello no es óbice para que, de nuevo, se haya perdido la oportunidad de construir un derecho preconcursal realmente previo -y no también alternativo- al concurso de acreedores.

3. El procedimiento para microempresas, pequeñas y medianas empresas

La Directiva sobre reestructuración e insolvencia destaca expresamente que entre los deudores a los que debe prestarse especial atención se encuentran las microempresas y las pequeñas y medianas empresas (a las que conjuntamente denomina «pymes»). Así, señala que *las empresas, en particular las pymes, que representan el 99% de todas las empresas de la Unión, deben poder disfrutar de un planteamiento más coherente a escala de la Unión. Las pymes tienen más probabilidades de ser objeto de liquidación que de reestructuración puesto que tienen que soportar unos costes desproporcionadamente superiores a los de las empresas de mayor tamaño. Las pymes a menudo carecen de los recursos necesarios, especialmente cuando se enfrentan a dificultades financieras, para afrontar unos costes de reestructuración elevados y acogerse a los procedimientos de reestructuración más eficientes disponibles solo en algunos Estados miembros. Con el fin de ayudar a estos deudores a reestructurarse a bajo coste, deben elaborarse, a escala nacional, unas listas exhaustivas de control de los planes de reestructuración que estén adaptadas a las necesidades de las pymes y que puedan consultarse en línea. Además, se deben ofrecer herramientas de alerta temprana para advertir a los deudores de la necesidad urgente de actuar, teniendo en cuenta los recursos limitados de los que disponen las pymes para la contratación de expertos.* Con ese objetivo, en la legislación concursal española se incorporan dos bloques normativos diferenciados. El primero con algunas -no demasiadas- especialidades

para el preconcurso de pequeñas y medianas empresas, que no es excluyente, dado que podrían acudir también al concurso de acreedores. El segundo con todo un procedimiento especial para microempresas que es único para el tratamiento de la insolvencia de aquellas empresas que en los términos legales se consideran micro, al quedar éstas excluidas del concurso y del preconcurso.

Así, de un lado, se establece un régimen especial en sede de derecho preconcursal -libro segundo de la Ley Concursal- aplicable a las personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional, siempre que, de acuerdo con el balance del ejercicio anterior al que se haga la comunicación de negociaciones con los acreedores o se presente la solicitud de homologación del plan de reestructuración, reúnan las circunstancias siguientes: que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior no sea superior a cuarenta y nueve personas y que el volumen de negocios anual o balance general anual no supere los diez millones de euros. Concurriendo estas circunstancias, se contemplan algunas especialidades respecto a la comunicación de negociaciones con los acreedores y al plan de reestructuración -que no resultan aplicables cuando la sociedad pertenezca a un grupo obligado a consolidar- que pretenden facilitar el recurso a estos procedimientos a un deudor al que, de forma expresa, se confieren algunas de las decisiones relevantes de los mismos¹¹. Además, en este régimen especial, el plan de reestructuración puede presentarse en un modelo oficial adaptado a las necesidades de las pequeñas empresas¹². En todo caso, las especialidades lo son en el

¹¹ Este régimen especial se recoge en los artículos 682 a 684 del texto refundido de la Ley Concursal que, entre otras previsiones, establece que la homologación del plan de reestructuración solo puede solicitarse si el deudor y, en su caso, los socios de la sociedad deudora lo hubieran aprobado y que la confirmación facultativa de las clases de acreedores solo puede ser solicitada por el deudor. Los referidos preceptos deben considerarse que se proyectan a pequeñas y medianas empresas, respecto a las cuales en sede de derecho preconcursal la única referencia legal adicional se contempla en el régimen general del preconcurso, en los criterios generales de formación de clases (art. 623), al establecer que cuando los acreedores sean pequeñas o medianas empresas y el plan de reestructuración suponga para ellas un sacrificio superior al cincuenta por ciento del importe de su crédito, deben constituir una clase de acreedores separada.

¹² Modelo oficial artículo 684 de la Ley Concursal (Plan de reestructuración). *En virtud del artículo 684 de la Ley Concursal, el Plan de reestructuración se presentará en el siguiente modelo oficial, puesto a disposición del usuario para su descarga y cumplimentación.* <<https://sedejudicial.justicia.es/-/modelo-oficial-art.-684-ley-concursal>

ámbito del preconcurso, sin que a estas empresas les esté vedado acudir al concurso de acreedores. Y, por expresa previsión legal, las referidas especialidades preconcursales no son aplicables si el deudor tiene la condición de microempresa, ya que éstas deben acudir necesariamente al procedimiento especial del libro tercero de la Ley Concursal.

En efecto, de otro lado, se incorpora el indicado procedimiento especial obligatorio para aquellos deudores que, en los términos que determina la legislación concursal, reúnan la condición de microempresa. Así, el procedimiento especial para microempresas resulta aplicable a los deudores personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan las siguientes características: haber empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores (el requisito se entiende cumplido cuando el número de horas de trabajo realizadas por el conjunto de la plantilla es igual o inferior al que habría correspondido a menos de diez trabajadores a tiempo completo); y tener un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud. Este procedimiento especial, de carácter modular, es único para estos deudores, ya que las microempresas no tienen acceso al concurso de acreedores (libro primero del texto refundido de la Ley Concursal) ni al preconcurso (libro segundo del texto refundido de la Ley Concursal). En efecto, el procedimiento especial contemplado en el libro tercero del texto refundido de la Ley Concursal excluye la aplicación de los libros primero (concurso de acreedores) y segundo (derecho preconcursal), aunque gran parte de sus reglas -con algunas especialidades- entroncan con lo establecido en ambos. En consonancia con la exclusión de las microempresas del concurso y del preconcurso, el procedimiento especial que les es aplicable tiene un presupuesto objetivo amplio: insolvencia probable (delimitada en el preconcurso) e insolvencia inminente o insolvencia actual (determinadas en el concurso de acreedores)¹³.

-plan-de-reestructuraci-c3-b3n-?inheritRedirect=true&redirect=https%3A%2F%2Fsedejudicial.justicia.es%2Ftramites-y-servicios%3Fp_p_id%3Dcom_mju_sgn-tj_comcom_portal_search_web_internal_portlet_SearchPortlet%26p_p_lifecycle%-3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview>.

¹³ Entre otros, Enrique SANJUÁN y MUÑOZ, *Reestructuración y liquidación de microempresas en crisis*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022; Ignacio TIRADO MARTÍ,

Este procedimiento especial para microempresas por su flexibilidad, simplificación y carácter modular permitiría a éstas, en palabras del Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, disponer de un procedimiento que redujese notablemente los costes fijos -altos- del concurso de acreedores. Este procedimiento ha entrado en vigor el 1 de enero de 2023 y es a partir de entonces cuando podrá valorarse su eficiencia; mientras ha recibido numerosas críticas, principalmente, por tratarse de un sistema modular más complejo de lo que probablemente se pretendía y por reducir la participación de profesionales e instituciones a aquellos supuestos en que cumplan una función imprescindible, o cuyo coste sea voluntariamente asumido por las partes.

Desde esa perspectiva, en el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal se destaca que se introduce un procedimiento de insolvencia único, en un doble sentido. De un lado, porque este procedimiento especial podrá iniciarse tanto en situación de insolvencia actual o inminente -propio del concurso de acreedores- como en probabilidad de insolvencia -asociado principalmente con el preconcurso-. De otro lado, porque los deudores que tengan a estos efectos la consideración legal de microempresa deberán obligatoriamente afrontar la insolvencia a través del procedimiento especial previsto, quedándoles vedado el acceso al concurso de acreedores y a los instrumentos preconcursales.

Una de las características pretendidas para el procedimiento especial es la sencillez y flexibilidad. Ciertamente, es discutible que el diseño legal procure un procedimiento sencillo -lo que aún es más importante por las limitaciones que se contemplan a la intervención de profesionales- pero hay que reconocer que se persigue que las microempresas dispongan de un procedimiento propio, adaptado a sus circunstancias, que les proporcione la mejor alternativa, en tiempo, coste y resultados, para afrontar su situación. Ello conlleva un diseño algo complejo -que previsiblemente pretende atenuarse con el uso de formularios normalizados- en el que el concreto estado de insolvencia en el que se

«El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 211-253; José VELA PÉREZ, «El procedimiento especial de microempresas», *Anuario de Derecho Concursal* 58 (2023) monográfico, 475-510.

encuentre el deudor microempresa juega un papel relevante, así como quien solicita la apertura del procedimiento y su tramitación¹⁴.

Con carácter general, al determinar el presupuesto objetivo del procedimiento especial se dispone que éste será aplicable a aquellas microempresas que se encuentren en probabilidad de insolvencia, en estado de insolvencia inminente o en insolvencia actual¹⁵. Esta amplitud pretende poner de manifiesto que el procedimiento es idóneo para atender cualquiera de estos estados, pero no se actúa igual en todos ellos ni se afrontan con la misma tramitación. De hecho, ya en esta determinación del presupuesto objetivo del procedimiento especial se

¹⁴ La Orden JUS/1333/2022, de 28 de diciembre, de condiciones de acceso y modo de funcionamiento del servicio electrónico, para la cumplimentación de los formularios normalizados y de las especificaciones técnicas de la plataforma electrónica de liquidación de bienes previstas en la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, tiene por objeto recoger las condiciones de acceso y modo de funcionamiento del servicio electrónico donde se podrá acceder y cumplimentar los formularios normalizados en ellos previstos, así como definir las especificaciones relativas a la operación y utilización de los servicios prestados por la plataforma electrónica de liquidación de bienes procedentes de procedimientos especiales de liquidación, en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional cuarta y el apartado 13 de la disposición adicional segunda de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. Por lo que se refiere a los formularios del procedimiento especial de microempresas vid. <<https://www.administraciondejusticia.gob.es/-/servicio-electronico-de-microempresas>>. En cuanto a la plataforma electrónica de liquidación de bienes, vid. <<https://www.administraciondejusticia.gob.es/-/plataforma-liquidacion-bienes-1>>.

¹⁵ En la medida en que el procedimiento especial para microempresas puede tramitarse como procedimiento de continuación o como procedimiento de liquidación con o sin transmisión de la empresa en funcionamiento -aunque si al menos el ochenta y cinco por ciento de los créditos corresponden a acreedores públicos solo podrá tramitarse como procedimiento de liquidación- el presupuesto objetivo incide en la tramitación seguida. El estado de insolvencia en el procedimiento especial para microempresas también es relevante a otros efectos, principalmente, cuando ese estado es de insolvencia actual, al que se vinculan efectos y responsabilidades más severos que en los estados de insolvencia probable e insolvencia inminente. Así, además de los relacionados directamente con el procedimiento de continuación o de liquidación –en este último caso, con o sin transmisión de la empresa en funcionamiento- al regular las acciones para incrementar el patrimonio a disposición de los acreedores se dispone que la acción rescisoria solo podrá ser presentada en caso de insolvencia actual del deudor y esta regla, como el resto de las previstas para las acciones rescisorias, se declara aplicable para el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores, liquidadores o auditores de la sociedad deudora cuando se dirijan a exigir responsabilidad civil.

precisa el deber del deudor de solicitar la apertura del procedimiento especial dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiere conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual y que el procedimiento especial de liquidación sin transmisión de la empresa en funcionamiento requerirá la existencia de insolvencia actual o inminente, si lo solicita el deudor, o actual, si lo solicitan legitimados distintos del deudor¹⁶.

¹⁶ El procedimiento especial puede, en algunos casos, iniciarse con la comunicación de la apertura de negociaciones para microempresas. En efecto, cualquier microempresa puede comunicar al juzgado competente para la declaración de concurso la apertura de negociaciones con los acreedores con la finalidad de acordar un plan de continuación o una liquidación con transmisión de empresa en funcionamiento en el marco de un procedimiento especial, siempre que se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual. Teniendo en cuenta que, transcurridos los tres meses del periodo de negociaciones, el deudor que se encuentre en situación de insolvencia actual debe solicitar la apertura del procedimiento especial dentro de los cinco días hábiles siguientes.

Con carácter general, tanto el deudor como los acreedores solicitantes pueden optar entre un procedimiento especial de liquidación o uno de continuación. A ello se añaden los supuestos de conversión. De un lado, los acreedores cuyos créditos representen más de la mitad del pasivo podrán, en cualquier momento, solicitar la conversión del procedimiento de continuación en uno de liquidación sin necesidad de justificación adicional, siempre que el deudor se encuentre en insolvencia actual. De otro lado, los acreedores cuyos créditos representen un veinticinco por ciento del pasivo podrán, en cualquier momento, solicitar la conversión de un procedimiento de continuación en uno de liquidación cuando, objetivamente, no exista la posibilidad de continuación de la actividad en el corto y medio plazo. En los dos supuestos, recibida la solicitud de los acreedores por medio del correspondiente formulario normalizado, se notificará al deudor y al resto de los acreedores que podrán oponerse a la conversión por motivos tasados - la insuficiencia de la cuantía del pasivo instante de la conversión en el primer caso y la insuficiencia del pasivo o la posibilidad objetiva de continuación en el segundo- y, en ambos casos, el deudor podrá oponerse alegando que no se encuentra en estado de insolvencia actual. El juez resolverá mediante auto sobre la conversión del procedimiento transcurrido el plazo sin que se haya producido oposición. Cuando el deudor o los acreedores se hayan opuesto, el juez resolverá, aunque excepcionalmente podrá convocar a las partes a una vista. El juez rechazará la conversión si, atendiendo a los motivos tasados de oposición, se contrasta que no se han alcanzado las mayorías requeridas del pasivo o si se acredita objetivamente la posibilidad de continuación de la actividad a corto y medio plazo, y, en ambos casos, cuando quede acreditado que el deudor no se encuentra en estado de insolvencia actual.

II. EL COSTE DE LA INSOLVENCIA

1. El coste temporal

Una solución a la insolvencia que no se retrase en el tiempo tiene evidentes ventajas en cuanto al coste del procedimiento, la viabilidad de la empresa o el grado de satisfacción de los acreedores. Entre otros objetivos, la Directiva sobre reestructuración e insolvencia persigue que las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, en particular con el fin de reducir su duración¹⁷. Así, la Directiva incide en que la reducción de la duración de los procedimientos de reestructuración contribuiría a incrementar los porcentajes de recuperación de los acreedores, ya que el paso del tiempo normalmente solo se traduce en una mayor pérdida de valor del deudor o de su empresa. La conclusión es incuestionable; un procedimiento largo se traduce en un deterioro de la situación –a todos los niveles- que raramente finaliza con éxito. Con frecuencia, la excesiva duración de un procedimiento se vincula

¹⁷ En sus considerandos la Directiva sobre reestructuración e insolvencia destaca que mejorar estos marcos y los correspondientes procedimientos es necesario dado que (...) existen diferencias entre los Estados miembros en cuanto al abanico de procedimientos de que disponen los deudores en dificultades financieras para reestructurar sus empresas. Algunos Estados miembros tienen una serie limitada de procedimientos que permiten la reestructuración de empresas solo en un momento relativamente tardío, en el marco de procedimientos de insolvencia. En otros Estados miembros, la reestructuración es posible en un momento más temprano, pero los procedimientos disponibles no son tan eficaces como deberían o son muy formales, en particular porque limitan el recurso a soluciones extrajudiciales. Las soluciones preventivas son una tendencia creciente en la normativa en materia de insolvencia. Se tiende a favorecer planteamientos que, a diferencia del clásico que consiste en la liquidación de las empresas en dificultades financieras, tengan por objeto la recuperación de estas o al menos el rescate de aquellas de sus unidades que sigan siendo económicamente viables. Dicho planteamiento, además de aportar otros beneficios a la economía, a menudo contribuye a mantener los puestos de trabajo o a reducir las pérdidas de puestos de trabajo (...). Por ello, al determinar el objeto y ámbito de aplicación de la Directiva se señala que, entre otras, establece normas sobre los marcos de reestructuración preventiva disponibles para los deudores en dificultades financieras cuando la insolvencia sea inminente, con objeto de impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad del deudor y las medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración.

con la autoridad competente para gestionarlo, en particular, cuando de un proceso judicial se trata, en el que la falta de medios y el respeto a las garantías jurisdiccionales puede traducirse en una prolongación temporal excesiva para alcanzar los fines del proceso¹⁸.

Bajo estas premisas la reestructuración preventiva que persigue impulsar la Directiva se asienta en la previsión de procedimientos que ofrezcan a los deudores en dificultades financieras soluciones eficientes –en coste y en resultados- siempre que exista viabilidad¹⁹. Para ello fija

¹⁸ Por ello, insiste la Directiva en que los Estados miembros deben garantizar que los procedimientos de reestructuración (también los de insolvencia y exoneración de deudas) se tramiten de manera eficiente y rápida. Y, a título ejemplificativo, sugiere la creación de órganos jurisdiccionales o salas especializados, o el nombramiento de jueces especializados de conformidad con la normativa nacional, así como la concentración de la jurisdicción en un número limitado de autoridades judiciales o administrativas, que constituirían maneras eficientes de alcanzar los objetivos de seguridad jurídica y efectividad de los procedimientos, aunque reconoce que no debe obligarse a los Estados miembros a dar prioridad a estos procedimientos sobre otros. En todo caso, en el articulado la Directiva permite que el marco de reestructuración preventiva pueda consistir en uno o varios procedimientos, medidas o disposiciones, y que algunos de ellos puedan desarrollarse en un contexto extrajudicial, sin perjuicio de cualquier otro marco de reestructuración previsto en la normativa nacional. Incluso, los Estados miembros podrán establecer disposiciones que limiten la actuación de las autoridades judiciales o administrativas en un marco de reestructuración preventiva a los supuestos en que sea necesario y proporcionado, velando al mismo tiempo porque los derechos de las partes afectadas y de los interesados estén garantizados.

¹⁹ La viabilidad ha de ser condición de los marcos de reestructuración preventiva, como, en gran medida, es requisito de cualquier procedimiento que pretenda tener éxito reestructurando o refinanciando las dificultades financieras de un deudor. La falta de viabilidad no sólo conlleva el mantenimiento artificial de actividades o empresas inviables, sino que una reestructuración sin viabilidad o con serias dudas sobre la recuperación de esa viabilidad puede agravar aún más la situación, en detrimento de todos los interesados o afectados. Por ello, la Directiva sobre reestructuración e insolvencia contempla que los Estados miembros puedan mantener o introducir una prueba de viabilidad en virtud de la normativa nacional, siempre que dicha prueba tenga por finalidad excluir a los deudores que no tengan perspectivas de viabilidad y que pueda llevarse a cabo sin comprometer los activos de los deudores. Así, unos adecuados marcos de reestructuración preventiva se considera que evitarán la insolvencia, limitando así la liquidación innecesaria de empresas viables y maximizarán el valor -en comparación con lo que habrían recibido en caso de liquidación de los activos de la empresa o en caso de aplicarse la mejor solución alternativa en ausencia de un plan de reestructuración-. Evitar, por tanto, liquidaciones innecesarias de empresas viables y maximizar el valor son algunas de las premisas esenciales del moderno Derecho de la insolvencia, sin perjuicio de que la delimitación de ambos postulados -viabilidad y maximización del valor- no esté, como es lógico, exenta de evidentes dificultades.

los objetivos y pautas de los marcos de reestructuración preventiva que han de establecer los Estados miembros –sin perjuicio de que pueden mantener o introducir en sus ordenamientos jurídicos nacionales marcos de reestructuración preventiva distintos de los previstos en la Directiva– y las características de estos procedimientos que, en gran medida, se asientan sobre la base de la adopción de planes de reestructuración y sus efectos²⁰. También, en este ámbito, es relevante, para

²⁰ La Directiva define la reestructuración como *aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del 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.* A partir de ahí, incluye numerosas referencias a los marcos y a los procedimientos de reestructuración en sus prolíjos considerandos y, en el articulado, centra su Título II en los marcos de reestructuración preventiva, incidiendo en su disponibilidad en los Estados miembros, la facilitación de las negociaciones, los planes de reestructuración, la protección de las operaciones relacionadas con la reestructuración y las obligaciones de los administradores sociales. Evidentemente, la consecución de estos objetivos, a través de procedimientos flexibles y eficientes, requerirá también, como destaca la Directiva, que los Estados miembros garanticen que los miembros de autoridades judiciales y administrativas que conozcan de estos procedimientos cuenten con una formación adecuada y con los conocimientos especializados necesarios para el ejercicio de sus funciones. Dicha formación y dichos conocimientos especializados pueden adquirirse también durante el ejercicio de las funciones de miembro de una autoridad judicial o administrativa o, antes de la asunción de dichas funciones, durante el ejercicio de otras funciones pertinentes.

Entre otros, Olga AHEDO PEÑA, «Marcos de reestructuración preventiva: regulación», *Unión Europea Aranzadi* 8-9 (2019); Alberto DÍAZ MORENO, «Socios, planes de reestructuración y capitalización de créditos en la Directiva (EU) 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal* 49 (2020) 7-64; Edorta ETXARANDIO HERRERA, «Marcos de reestructuración preventiva: vectores ideológicos», *Unión Europea Aranzadi* 8-9 (2019); Marta FLORES SEGURA, «La prueba del interés superior de los acreedores», *Revista de Derecho Mercantil*, 318 (2020); Francisco GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuraciones y segunda oportunidad: el arrastre de acreedores disidentes y la llamada “regla de prioridad absoluta”», *Anuario de Derecho Concursal* 43 (2018) 11-38; Carlos GÓMEZ ASENSIO, «La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 12 (2020) 472-511; Inmaculada HERBOSA MARTÍNEZ / Cristina Clementina ARENAS ALEGRIÁ, «La Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: su repercusión sobre las pequeñas y medianas empresas (PYMES)», *Unión Europea Aranzadi*, 8-9 (2019); María Isabel HUERTA VIESCA, «La Unión Europea ante la insolvencia: sucinta aproximación a la novísima Directiva sobre marcos de

reducir la duración de los procedimientos, la utilización de medios electrónicos de gestión y comunicación. Ello permitiría realizar trámites y actuaciones de forma rápida, aunque, lógicamente, el uso de los medios electrónicos se vincula no sólo a la necesaria seguridad de los mismos, sino también a los requisitos para la participación de todos los interesados²¹.

La mayor rapidez o celeridad es también uno de los objetivos perseguidos por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal. Aunque se parte de que la Directiva 2019/1023 impone a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para asegurar que los procedimientos de insolvencia se tramiten de forma rápida -y eficiente- también se señala que no determina qué medidas deben adoptarse para conseguirlo, por lo que corresponde a cada Estado incorporar aquellas medidas que considere más adecuadas. Y es en la valoración de la experiencia de los concursos de acreedores en España donde se destaca que la rapidez (y la eficiencia) no se ha alcanzado. El punto de partida es considerar que el preconcurso permite una reestructuración rápida y, además, libera recursos para lograr

reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración», en Andrés SÁNCHEZ SANTAMARÍA, *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: estudios sobre la Unión Europea. Homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Pamplona, 2019, 573-588; Cayetana LADO CASTRO-RIAL, «Líneas esenciales de la Directiva», *Unión Europea Aranzadi* 8-9 (2019); Ángel Rojo, «La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva», *Anuario de Derecho Concursal* 42 (2017) 99-111; Alberto TAPIA HERMIDA, «El nuevo marco europeo para la reestructuración empresarial ante la megacrisis del Covid-19: la Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia», *La Ley Unión Europea* 89 (2021); IDEM, «Decálogo del nuevo marco europeo para la reestructuración empresarial ante la megacrisis del Covid-19: la Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia», *Diario La Ley* 9793 (2021).

²¹ La Directiva establece que los Estados miembros velarán por que, en los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, las partes en el procedimiento, el administrador concursal y la autoridad judicial o administrativa puedan llevar a cabo por medios electrónicos de comunicación, incluso en situaciones transfronterizas, al menos las siguientes acciones: a) la reclamación de créditos; b) la presentación de planes de reestructuración o reembolso; c) notificaciones a los acreedores; d) la presentación de impugnaciones y recursos. Aunque, no hay que olvidar que en los plazos de incorporación de la Directiva se excepcionan las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28 (utilización de medios electrónicos de comunicación), letras a), b) y c) que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2024 y letra d) que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2026.

una gestión más rápida de los concursos de acreedores: *los instrumentos preconcursales eficaces incrementan la eficiencia del sistema de insolvencia de forma directa, al posibilitar una reestructuración temprana y rápida, pero también de forma indirecta, al liberar recursos administrativos y descongestionar el procedimiento concursal, permitiendo así una gestión más rápida de los concursos.* A partir de ahí, se incorporan diversas modificaciones en el proceso concursal para agilizarlo -los concursos de acreedores son demasiado largos- e incrementar su eficiencia, a través de la reducción de lo que identifica como exceso de procesalismo y de judicialismo: reducción de trámites, conexión de plazos y reformulación de las decisiones judiciales y de aquellas que puede adoptar la administración concursal.

En fin, igualmente han de tenerse en cuenta las diversas medidas de celeridad incorporadas en el procedimiento especial para microempresas, que se concibe como un instrumento rápido. De hecho, se parte de que se establecen dos itinerarios posibles, ambos caracterizados por su celeridad: *una liquidación rápida (fast-track) o un procedimiento de continuación de rápida gestión y flexible.*

2. El coste económico

Es evidente que el coste económico de los procedimientos de insolvencia debe ser proporcional a las funciones que procura. La cuestión no es sencilla de concretar, sobre todo en lo que se refiere a los costes derivados de la intervención de profesionales que es, sin duda, uno de los aspectos de mayor repercusión en el coste económico. En todo caso, se aprecia una clara evolución hacia procedimientos de insolvencia en los que no siempre es obligatorio el nombramiento de un profesional (por ejemplo, en la legislación concursal española así sucede en el procedimiento especial para microempresas y en el preconcurso) y cuando este nombramiento se produce se incrementan el número de supuestos en los que son los proponentes -o los acreedores o parte de ellos- quienes deben asumir, al menos inicialmente, el coste de la intervención de profesionales (tendencia que no sólo se aprecia en el preconcurso o en procedimientos dirigidos a pequeñas y medianas empresas, sino también en el propio concurso de acreedores).

En esta línea, en el ámbito del derecho preconcursal los procedimientos de reestructuración evolucionan hacia un modelo en el que

no siempre es obligatorio el nombramiento de profesional y en otros supuestos éste es propuesto por las partes y son los proponentes quienes asumen su coste, sin perjuicio de que posteriormente pueda repercutirse. Así, en la medida en que en la reestructuración preventiva que contempla la Directiva europea se parte de no “desapoderar” al deudor, ésta considera que el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración no debe ser siempre obligatorio –dependerá de las concretas circunstancias de cada caso, aunque los Estados pueden considerarlo obligatorio en determinadas circunstancias- para evitar costes innecesarios. En otros supuestos, en concreto cuando es una mayoría de acreedores quien solicite el nombramiento, se prevé que sean los acreedores quienes asumen los costes y honorarios del administrador en materia de reestructuración. En consonancia con ello, en la normativa concursal española se introduce la figura del experto en reestructuración, regulando aspectos relativos a su nombramiento y estatuto. En los que el texto refundido de la Ley Concursal considera nombramientos obligatorios de experto se dispone que lo *soliciten acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. En la solicitud, los acreedores, o algunos de ellos, deberán asumir expresamente la obligación de satisfacer la retribución del experto. La asunción de la obligación de pago quedará sin efecto si en el plan de reestructuración homologado por el juez se previera expresamente que la retribución del experto fuera a cargo del deudor.* Debe entenderse que el nombramiento es obligatorio porque no queda a la discrecionalidad judicial -como sucede en otros supuestos- considerar y motivar la necesidad de este nombramiento, sino que el juez debe proceder en todo caso al nombramiento, si el propuesto cumple las condiciones, experiencia y requisitos legales para el desempeño. Lo que se prevé, es evidente, es que los acreedores puedan instar este nombramiento, pero nada más de forma adicional. También los acreedores pueden solicitar el nombramiento de experto en otro supuesto -que la normativa concursal califica como especial- en el que es menor el pasivo que han de detentar, pero en el que la decisión final sobre la necesidad del experto corresponde al juez: *si no hubiera sido nombrado experto en la reestructuración, los acreedores que representen, al menos, el treinta y cinco por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración, podrán solicitar al juez el nombramiento de uno*

determinado, razonando en la solicitud las circunstancias concurrentes en el caso para que sea necesario ese nombramiento. En este supuesto -en el que también han de asumir la obligación de satisfacer la retribución del experto, aunque igualmente quedará sin efecto si en el plan de reestructuración homologado por el juez se previera expresamente que la retribución del experto fuera a cargo del deudor- el juez *dará traslado al deudor de la solicitud de los acreedores por plazo de dos días, quien podrá oponerse al nombramiento razonando que no es necesario o que no reúne las condiciones para el ejercicio del cargo.* Igualmente, podrán solicitar el nombramiento de un experto distinto, en cuyo caso deberá asumir expresamente la obligación de satisfacer la retribución del que proponga. Y es el juez quien, mediante auto, finalmente decidirá si *atendiendo a las circunstancias del caso, procede o no el nombramiento solicitado y, en caso afirmativo, procederá al nombramiento del experto propuesto por los acreedores.* Como en el caso del nombramiento obligatorio, es evidente que los acreedores pueden solicitar al juez también en este supuesto especial el nombramiento de experto, pero nada más tampoco de forma adicional. Los referidos supuestos de nombramiento a solicitud de los acreedores que detienen el pasivo mínimo previsto se completan con la posibilidad de sustitución del experto. En este caso, los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración pueden pedir al juez la sustitución del experto nombrado a solicitud del deudor o, en su caso, de una minoría de acreedores (reiterando la exigencia de compromiso expreso de los acreedores, o de algunos de ellos, de satisfacer la retribución del experto; asunción de la obligación de pago que quedará sin efecto si, en el plan de reestructuración homologado por el juez, se previera expresamente que la retribución del experto sustituto fuera a cargo del deudor). En este supuesto, la dicción legal se limita a señalar que el juez acordará la sustitución mediante auto -que podrá impugnarse- sin precisar si dicha sustitución debe acordarla de forma obligatoria.

Mientras, en el concurso de acreedores, la Directiva europea se limita a exigir que los Estados miembros vean por qué la retribución de los administradores concursales se rija por normas que estén en consonancia con el objetivo de conseguir una resolución eficiente de los procedimientos. Las consideraciones que pueden realizarse a la relación entre las funciones y el coste de los profesionales son bien conocidas en

el proceso evolutivo de la legislación concursal española²². En efecto, en el modelo de administración concursal del derecho español –pendiente aún de desarrollo– ha tenido gran impacto esta cuestión. Sin entrar en cuestiones de evolución legislativa y del necesario y pendiente desarrollo reglamentario²³, cabe destacar que en el marco de la

²² La Sentencia del Tribunal Supremo 459/2016, Sala Civil, de 5 de julio de 2016, al tratar la modulación de los honorarios de la administración concursal, señala que (...) 1. *Una de las características que debe informar cualquier procedimiento concursal es que el coste del propio procedimiento sea ajustado al objetivo principal que se persigue, la mayor y más equitativa satisfacción de los acreedores ordinarios, lo que no puede producirse si dicho coste es tan elevado que consuma buena parte de los —por definición escasos— recursos que existen para lograr esa satisfacción. Cuestión que no es nueva y que ya preocupaba con la anterior legislación, puesto que las entonces denominadas «deudas de la masa» repercutían sobre los créditos contra el quebrado, hasta el punto de poder llegar a hacerlos totalmente incobrables, en el caso de que los bienes no fueran bastantes para cubrir su importe (véanse las sentencias de esta Sala de 18 de diciembre de 1952, 2 de octubre de 1953 y 8 de julio de 1955). Y aunque, ciertamente, son varios los aspectos de la legislación concursal que dificultan esa finalidad de satisfacción de los acreedores concursales, uno de los que mayor impacto tiene en el coste del concurso es el de las retribuciones que perciben los profesionales que intervienen a lo largo del proceso.* 2. *En el ámbito legislativo ya se ha tomado conciencia del problema y ha habido varias reformas tendentes a esta reducción de costes, que si bien son posteriores a la fecha de nombramiento del recurrente como administrador concursal, sirven de orientación para la resolución del recurso. En lo que respecta a los honorarios de los profesionales integrantes de la administración concursal, el 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, reformó el régimen de la retribución de la administración concursal, aunque parcialmente quedara pendiente de una norma reglamentaria. Para ello, fijó las reglas a las que debía ajustarse el arancel de derechos de los administradores concursales, imputó los honorarios de los expertos independientes a la retribución de la administración concursal y, respecto a la determinación de las actuaciones del letrado administrador concursal que deben entenderse incluidas en esa condición, estableció que la dirección técnica de los recursos e incidentes se entenderá incluida en sus funciones. A su vez, el preámbulo del Real Decreto-ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal, dice: «[e]l fundamento de la Ley concursal es garantizar el cobro de sus créditos a los acreedores, bajo el principio de la «par conditio creditorum». El trabajo de todos los profesionales implicados en los procesos concursales es esencial para tal fin, pero su remuneración debe ajustarse a los servicios realmente desempeñados y en todo caso a unos límites que garanticen que la masa no se reduce de tal manera que frustre el objetivo final del cobro por los acreedores. Con el Real Decreto-ley 3/2009 se fijaron una serie de reglas para la remuneración de la administración concursal basadas en los principios de efectividad y limitación» (...).*

²³ El 1 de septiembre de 2020 entró en vigor el texto refundido de la Ley Concursal que aprobó el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo. Sin embargo, la regularización, aclaración y armonización que persigue este texto no alcanza a todas

eficiencia que persigue la Directiva comunitaria, y que desde hace tiempo también busca la legislación concursal española, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal también invoca la eficiencia como una de las reglas a la que habrá de ajustarse el arancel que determine la retribución de la administración concursal. En palabras de la Exposición de Motivos de la reforma concursal: *la Directiva establece previsiones relativas a los mecanismos necesarios para relacionar retribución y eficiencia, conflicto de intereses y supervisión del ejercicio del cargo por parte del administrador concursal. Con el fin de fomentar la celeridad y agilidad del procedimiento, se entiende que la eficiencia debe ser promovida no solo por reducciones a la retribución sino también con incentivos a la pronta resolución de los trámites.* La regla no es novedosa, aunque si se altera su redacción. Así, la legislación concursal española, consolida el arancel con cargo a la masa como el sistema elegido para fijar la retribución de la administración concursal, sujeto a una serie de reglas necesarias (exclusividad, limitación, duración del concurso y eficiencia). A partir de ahí, aclara cuestiones referidas al orden de pago de los honorarios de la administración concursal, en particular, en los supuestos de insuficiencia de masa sobrevenida, al considerar imprescindible para la liquidación la retribución de la administración concursal durante la fase de liquidación. En efecto, se incide en que se han introducido algunas normas que tratan de evitar

las previsiones de la legislación concursal. El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo –tras incidir en su necesidad el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado- incluye una disposición transitoria única que deja pendiente de entrada en vigor, entre otros aspectos, el referido a la retribución de la administración concursal, que continúa regulándose por las reglas previstas tras la reforma de la legislación concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal proyecta un plazo máximo de seis meses desde su entrada en vigor (26 de septiembre de 2022) para aprobar el Reglamento de la administración concursal. Hasta que se produzca ese desarrollo reglamentario se establece un régimen transitorio que se limita a mantener en vigor lo que existe en la actualidad: *en tanto no se apruebe por el Gobierno, conforme a la disposición final decimotercera, el Reglamento de la administración concursal en el que se establecerá el acceso a la actividad, el nombramiento de los administradores concursales y su retribución, continuarán resultando de aplicación la disposición transitoria única del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, así como, en materia de arancel, la disposición transitoria tercera de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.*

pronunciamientos judiciales en materias tradicionalmente conflictivas, entre las que se incluye, en caso de insuficiencia de la masa activa, la declaración de que tiene la consideración de crédito imprescindible para la liquidación la retribución de la administración concursal en esta fase. Pero, sobre todo, adopta previsiones que tienden a trasladar a los acreedores -o a algunos acreedores, atendiendo a su legitimación y actuación- el coste de estos honorarios; en determinadas situaciones o actuaciones la retribución de la administración concursal fijada conforme a las reglas del arancel no se asumirá por la masa, sino que serán los acreedores, o con mayor precisión los legitimados que así lo decidan, los que deberán asumir este coste. Así sucede en los supuestos de declaración de concurso sin masa. Tras la reforma del texto refundido de la Ley Concursal, las previsiones legales establecidas para la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa simultánea a la declaración del concurso (el llamado concurso exprés) han sido suprimidas, de forma que esta situación no se regula ya en sede de conclusión del concurso, sino en la de declaración del concurso. El cambio es mucho más que sistemático porque como destaca el Preámbulo de la Ley 16/2022 se *sustituyen los concursos que nacen y fenen al mismo tiempo por un sistema más abierto al control de los acreedores* que, al solicitar la declaración de concurso, habrán de asumir la retribución de la administración concursal²⁴.

²⁴ Se introduce en el texto refundido de la Ley Concursal una nueva sección -la 4^a, en el capítulo V del título I del libro primero- bajo la rúbrica de la declaración de concurso sin masa. Ello supone un nuevo régimen legal para esta situación en el que se considera que existe concurso sin masa cuando concurren los supuestos siguientes por este orden: a) El concursado carezca de bienes y derechos que sean legalmente embargables; b) El coste de realización de los bienes y derechos del concursado fuera manifestamente desproporcionado respecto al previsible valor venal; c) Los bienes y derechos del concursado libres de cargas fueran de valor inferior al previsible coste del procedimiento; y d) Los gravámenes y las cargas existentes sobre los bienes y derechos del concursado lo sean por importe superior al valor de mercado de esos bienes y derechos. A partir de ahí, se fijan las especialidades de la declaración de concurso sin masa, de forma que si concurren los supuestos previamente delimitados como concurso sin masa, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores, con expresión del pasivo que resulte de la documentación, sin más pronunciamientos, ordenando la remisión telemática al Boletín Oficial del Estado para su publicación en el suplemento del tablón edictal judicial único y la publicación en el Registro público concursal con llamamiento al acreedor o a los acreedores que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo a fin de que, en el plazo de quince días a contar del siguiente a la publicación del edicto, puedan solicitar el nombramiento de un administrador

3. El coste reputacional

El coste reputacional que supone para el deudor quedar sujeto a un procedimiento de insolvencia continúa siendo, en algunos supuestos,

concursal para que presente informe razonado y documentado sobre si existen indicios suficientes: de que el deudor hubiera realizado actos perjudiciales para la masa activa que sean rescindibles; o para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica concursada, o contra la persona natural designada por la persona jurídica administradora para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados; o para que el concurso pueda ser calificado de culpable. De estas especialidades -y de la que se añade relativa a que el auto de declaración de concurso, en caso de que el deudor fuera empleador, se notificará a la representación legal de las personas trabajadoras-interesa destacar la referida a la solicitud que el acreedor o acreedores, que representen al menos el cinco por ciento del pasivo, pueden realizar para el nombramiento de administrador concursal. Si nadie formula esa solicitud en plazo, el deudor persona natural puede presentar solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho. Ahora bien, si, dentro del plazo, el acreedor o acreedores que representen al menos el cinco por ciento del pasivo formulará solicitud de nombramiento de administrador concursal para que emita el indicado informe, el juez procederá al nombramiento mediante auto para que, en el plazo de un mes a contar desde la aceptación, emita el informe solicitado. Y se establece expresamente que en ese mismo auto se fijará la retribución del administrador por la emisión del informe encomendado, cuya satisfacción corresponderá al acreedor o acreedores que lo hubieran solicitado, aunque la previsión legal no determina los criterios para fijar el importe de la retribución por este informe, lo que propicia que puedan sostenerse diversas interpretaciones (vid. *Encuentro de la jurisdicción mercantil de Andalucía, Concursos sin masa*, Granada 10 y 11 de noviembre de 2022). En todo caso, en los concursos sin masa el nombramiento de la administración concursal para la elaboración del referido informe debe solicitarse por los acreedores legitimados para ello y la retribución por el mismo corresponde al solicitante o solicitantes. Para la elaboración de este informe se prevé que el deudor debe facilitar de inmediato toda la información que le sea requerida por el administrador concursal. Si en dicho informe el administrador concursal aprecia la existencia de los indicios suficientes para el ejercicio de acciones de reintegración, responsabilidad o calificación, el juez dictará auto complementario con los demás pronunciamientos de la declaración de concurso y apertura de la fase de liquidación de la masa activa, continuando el procedimiento. Se añade, en fin, que el administrador concursal deberá ejercitar las acciones rescisorias y las acciones sociales de responsabilidad antes de que transcurran dos meses a contar desde la presentación del informe. Si no lo hiciera, el acreedor o los acreedores que hubieran solicitado el nombramiento de administrador concursal estarán legitimados para el ejercicio de esas acciones dentro de los dos meses siguientes. El régimen de las costas y de los gastos será el establecido en el texto refundido de la Ley Concursal para los casos de ejercicio subsidiario de acciones por los acreedores.

relevante. En efecto, la insolvencia tiene a menudo repercusiones sociales y reputacionales -el estigma social- que conforman un importante desincentivo. Ciertamente, este coste reputacional es mayor en los procesos concursales que en los procedimientos preconcursales, pero ello no significa que estos últimos sean totalmente ajenos a esta cuestión, tanto por las consecuencias negativas que se mantienen vinculadas con los deudores que se encuentran en dificultades financieras –que aunque van progresivamente reduciéndose no han terminado de desaparecer por completo- como por el hecho de que la prolongación de un procedimiento de reestructuración pueda terminar por afectar negativamente al deudor y a su actividad. De ahí la relevancia de asegurar, siempre que sea posible, el funcionamiento ordinario de la actividad del empresario durante el curso de las negociaciones y la celeridad en la conclusión de éstas²⁵.

En el derecho concursal español la declaración en concurso de acreedores, por sí sola, no implica represión o estigma del deudor –por eso ya la Exposición de Motivos de la derogada Ley Concursal de 2003

²⁵ El no desapoderamiento del deudor en el ámbito de los mecanismos preconcursales es una de las características que la Directiva sobre reestructuración e insolvencia considera vinculadas a la idoneidad de estas alternativas preconcursales y que acoge la reforma del texto refundido de la Ley Concursal. En efecto, el desapoderamiento del deudor se produce en el proceso concursal, mientras que en el preconcurso se parte de que no hay este desapoderamiento. La manifestación del texto refundido de la Ley Concursal es clara a este respecto. Lo es cuando regula el primero de esos mecanismos preconcursales, la comunicación de negociaciones con los acreedores, que no hay que olvidar que su fin es alcanzar un plan de reestructuración y que deja a iniciativa del deudor. Es el deudor, persona natural o jurídica, el que puede comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra, tanto en caso de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, como en caso de insolvencia actual mientras no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario. Esta facultad del deudor, en caso de persona jurídica, compete al órgano de administración que, en esta comunicación, puede también solicitar el nombramiento de experto en la reestructuración. En efecto, se dispone que la comunicación no tiene efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integran el patrimonio del deudor. Es más, se puntualiza que el nombramiento por el juez de un experto en la reestructuración, cuando proceda, tampoco tendrá efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integren el patrimonio del deudor. Esta última afirmación debe considerarse extensiva a todos los supuestos en los que el juez nombra un experto en la reestructuración.

hablaba de la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil- pero no ha de olvidarse que el concurso de acreedores mantiene la sección de calificación -e incluso una calificación abreviada en el procedimiento especial para microempresas cuando la solución es la liquidación y los legitimados para ello lo solicitan de manera justificada- entre cuyos fines se encuentra sancionar civilmente determinadas conductas²⁶. Como señala el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, la Directiva sobre reestructuración e insolvencia *no contiene previsiones específicas en materia de calificación del concurso, dado que se trata de una institución que no tiene reflejo en el resto de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en los que, por el contrario, se encuentra muy desarrollado el Derecho penal de la insolvencia, con funciones parcialmente semejantes a las de la calificación*²⁷. La legislación concursal española si mantiene la

²⁶ La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 1 de septiembre de 2010 destaca que *la sección de calificación no es un proceso de investigación general acerca de la actuación económica de la concursada o de las personas afectadas por la calificación, ni sobre la certeza o inexactitud de las causas que dan lugar a la declaración de concurso, sino que se dirige a dilucidar si se han llevado a cabo hechos que tienen encaje en alguna de las hipótesis legales de calificación de concurso culpable, bien en la general (...), bien en las específicas (...).* Y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 30 de junio de 2011 indica que *el legislador no atribuye a la situación de insolvencia un carácter peyorativo, negativo o perjudicial que pueda justificar por sí sola una reacción sancionatoria. El régimen sancionador encuentra su justificación y fundamento en la propia conducta (desvalor de la acción) del deudor común (dolo y culpa grave) y en el resultado (desvalor del resultado) consistente en el agravamiento o causación del estado de insolvencia. Así, el criterio legal de atribución de responsabilidad no se fundamenta en la insolvencia (...), sino en la conducta activa u omisiva del deudor respecto a la producción o agravación de la misma.*

²⁷ Al impacto de la sección de calificación se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo 254/2019 de 7 de mayo, en la que se plantea un supuesto en el que una entidad bancaria interpone demanda de protección jurisdiccional civil del derecho al honor contra los periodistas que escribieron varios artículos que la entidad considera que constituyen una intromisión ilegítima en su honor y contra la editora -y su director- del periódico digital que los publicó. Un primer artículo versaba sobre las cuentas anuales presentadas por la entidad en un concreto ejercicio económico; los otros, sobre la implicación de otra entidad bancaria, posteriormente integrada en ella, en actividades de blanqueo de capitales y de alzamiento de bienes en una sociedad que se encontraba en concurso. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ante la que se recurrió, consideraron que la conducta de los demandados estaba amparada por el ejercicio legítimo de las libertades de información y, en menor medida, de expresión, puesto que se informó sobre hechos de relevancia pública, de manera veraz, en el sentido que a este requisito otorgan tanto el Tribunal

Constitucional como el Tribunal Supremo, y no se realizaron juicios de valor injuriosos. La entidad bancaria interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, basado en dos motivos, en los que circunscribe su impugnación a las informaciones que le imputan comportamientos delictivos y a la que le atribuyó haber realizado “contabilidad creativa” en la elaboración de las cuentas anuales de un concreto ejercicio económico. Centrándonos en el primer motivo del recurso de casación, la entidad bancaria denuncia que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido los artículos 18.1 y 20.4 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como la jurisprudencia relativa al juicio de ponderación, al calificar jurídicamente como no lesivas del derecho al honor algunas expresiones que la propia sentencia admite como “inadecuadas”, como la que afirma que a la entidad bancaria “se le considera culpable y cómplice de delitos”. En el desarrollo del motivo se alega que para que las noticias que atribuyen comportamientos delictivos puedan ampararse en el legítimo ejercicio de la libertad de información, se exige que dicha imputación delictiva sea veraz. Sin embargo, en el caso enjuiciado, la inexactitud que la Audiencia Provincial imputa al periodista versaría sobre una cuestión sustancial en el contenido de la noticia. Dice la recurrente que “el periodista transformó deliberadamente en una “investigación” del SEPBLAC por la “implicación de otro banco en un delito de lavado de dinero negro” de cuyos delitos la entidad bancaria sería “cómplice y culpable”, lo que no era más que la respuesta del SEPBLAC a una solicitud de prueba planteada por la administración concursal ante un Juzgado de lo Mercantil en una pieza de calificación de un proceso concursal de naturaleza civil, no penal”, pues “la única potencial responsabilidad del referido banco sería en el marco de dicho procedimiento concursal y que ésta sería meramente económica (“indemnizar por los daños y perjuicios causados”), nunca penal (“cómplice y culpable de delitos”). La recurrente también alega que no puede considerarse una “mera inexactitud” lo acaecido con las informaciones sobre las reuniones entre el SEPBLAC y la entidad bancaria; y que el periodista no observó la diligencia exigible pues solo se puso en contacto con el abogado de la entidad bancaria en el procedimiento concursal. Respecto a este primer motivo del recurso de casación, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2019 entiende que la Audiencia Provincial ha aplicado correctamente la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo relativa a la ponderación que es necesario realizar cuando entran en conflicto las libertades de información y de expresión y el derecho al honor. Así, se considera que para realizar esa ponderación no pueden tomarse en consideración aisladamente algunas frases o expresiones de los artículos periodísticos. Y tampoco pueden contemplarse aspectos aislados de los hechos que son objeto de los artículos periodísticos para determinar el interés público de la cuestión objeto de la información y el cumplimiento del requisito de la veracidad de la información. En este sentido, sintetizando los hechos relevantes descritos por la Audiencia Provincial, se destaca que en un proceso concursal tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal habían solicitado la calificación del concurso como culpable y que la primera solicitó que el banco, hoy integrado en la entidad bancaria recurrente, fuera declarado cómplice.

Y, se indica que, aunque es cierto que un proceso concursal no es un proceso penal, también es cierto que la sección de calificación de un proceso concursal tiene un aspecto sancionatorio y que algunas de las causas por las que un concurso puede

calificarse como culpable pueden ser constitutivas también de una infracción penal. Y así sucedía, al menos indiciariamente, en el proceso concursal sobre el que versaba la información, en el que se acusaba al administrador social de haber distraído una elevada cantidad de dinero del patrimonio social mediante disposiciones en efectivo y mediante cheques al portador, lo que podía constituir también un delito de blanqueo de capitales. En la comunicación que el organismo encargado de prevenir el blanqueo de capitales -el SEPBLAC- remitió al juzgado, se manifestó que el banco -posteriormente integrado en la entidad bancaria recurrente- debió haber informado de tal conducta al citado organismo. Y la administración concursal solicitó, por tales hechos, que dicho banco fuera declarado cómplice en la sentencia que calificara el concurso como culpable. Asimismo, lo acontecido con la sociedad concursada (el alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores y el blanqueo de capitales) era objeto de un proceso penal. En definitiva, se considera que pese a haber incurrido en imprecisiones, la esencia de la información facilitada por el periódico sobre estos hechos no podía ser calificada de inversa: se había producido una conducta presuntamente delictiva, que era objeto de un proceso penal; el banco incumplió su obligación de informar de la misma al organismo encargado de prevenir el blanqueo de capitales; y en la sección de calificación del concurso en el que esa conducta era alegada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal como determinante del carácter culpable del concurso, la administración concursal había solicitado que el banco fuera declarado cómplice. Habida cuenta de que el periodista había tenido acceso a los documentos del proceso concursal en que se reflejaban estos hechos y había consultado con el abogado que defendía a la entidad bancaria en dicho proceso, tampoco se entiende que pueda hablarse de falta de diligencia en la averiguación de los hechos. Y teniendo en cuenta que está reconocida la existencia de reuniones entre el SEPBLAC, organismo supervisor en la prevención del blanqueo de capitales, y responsables de la entidad bancaria, la formulación de hipótesis razonables por parte del periodista sobre el alcance de estas reuniones (que la entidad bancaria había sido convocada por el SEPBLAC y que este había hecho a la entidad bancaria objetivo prioritario de sus investigaciones) está amparada por el legítimo ejercicio de la libertad de prensa, pues es incompatible con esta libertad impedir que se formulen razonadamente conjeturas (src 171/1990, de 12 de noviembre y sts 437/2015, Sala Primera, de 2 de septiembre). A este respecto, se señala que si en la investigación de hechos tan graves como los que afectan al blanqueo de capitales, y en la publicación del resultado de esa investigación, para que su conducta no se considere ilegítima y vulneradora del derecho al honor, se exigiera a los medios de información un rigor y exactitud absolutos, se cercenaría gravemente la libertad de prensa, en un modo incompatible con las exigencias que se derivan del artículo 20.1.a y d de la Constitución y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Las libertades de expresión e información no constituyen simples derechos de libertad, que reclaman la ausencia de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación. Son también garantía de una institución política fundamental, la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas. En definitiva, se considera que concurriendo el requisito de la relevancia pública de la

sección de calificación en el concurso de acreedores -de hecho, no sólo la mantiene, sino que tras su reforma amplía los supuestos de apertura- y parece indiscutible que la sección de calificación tiene efectos importantes sobre el deudor²⁸.

Bibliografía

- AHEDO PEÑA, Olga «Marcos de reestructuración preventiva: regulación», *Unión Europea Aranzadi* 8-9 (2019)
- BELTRÁN, Emilio «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *Anuario de Derecho Concursal* 11 (2007) 29-52.; IDEM, «Insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia cualificada», en Jose Antonio GARCÍA-CRUCES / A. SARCINA, *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa (profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto)*, Bari, 2008, 51-71.

información, no siendo suficiente para desvirtuar el cumplimiento del canon de la veracidad las inexactitudes y errores circunstanciales de la información, y difundiéndose esta por un medio de prensa institucionalizado como es el diario digital que las publica, debe prevalecer el ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de información y de expresión, que por tanto excluye la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del banco.

²⁸ La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 21 de noviembre de 2007 ya destacaba la importancia de la sección de calificación en el concurso y la finalidad de defensa tanto de intereses privados como públicos que ésta cumple. Así, señala que *los efectos de la calificación pueden ser personales y patrimoniales. Dualidad que permite afirmar que la calificación concursal tiene una doble función, ya que no solo atiende a los intereses privados de los acreedores afectados, lo que explica las medidas patrimoniales dirigidas a su resarcimiento, sino también un interés público y general consistente en que los sujetos afectados por la calificación al menos de manera temporal no puedan seguir actuando en el tráfico económico gestionando bienes ajenos porque su actuación dolosa o con culpa grave lo justifica, evitando así que puedan afectar negativamente con su comportamiento en el futuro a terceros potenciales acreedores*. En relación con la sección de calificación concursal, entre otros, Jesús QUIJANO, “La modificación del régimen de la calificación del concurso”, en Inmaculada HERBOSA, *El concurso y la conservación de la empresa: debates sobre nuestra inminente nueva Ley Concursal* Pamplona, 2022, 329-347; Angel Rojo / Ana Belén CAMPUZANO (dirs.), *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, Pamplona, 2013; Miguel MARTÍNEZ MUÑOZ, *La calificación del concurso de acreedores*, Pamplona, 2019; Abel Joan SALA, “La reforma de la calificación del concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 58 monográfico (2023) 141-201.

- CAMPUZANO, Ana Belén, «Los estados de insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal* 58 (2023) monográfico 15-46.
- DÍAZ MORENO, Alberto «Socios, planes de reestructuración y capitalización de créditos en la Directiva (EU) 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal* 49 (2020) 7-64
- ETXARANDIO HERRERA, Edorta «Marcos de reestructuración preventiva: vectores ideológicos», *Unión Europea Aranzadi* 8-9 (2019)
- FLORES SEGURA, Marta «La prueba del interés superior de los acreedores», *Revista de Derecho Mercantil*, 318 (2020)
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuraciones y segunda oportunidad: el arrastre de acreedores disidentes y la llamada “regla de prioridad absoluta”», *Anuario de Derecho Concursal* 43 (2018) 11-38; IDEM, «El Derecho preconcursal: una visión general», *Anuario de Derecho Concursal* 57 (2022) 9-49.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos «La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 12 (2020) 472-511.
- HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada / ARENAS ALEGRÍA, Cristina Clementina «La Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: su repercusión sobre las pequeñas y medianas empresas (PYMES)», *Unión Europea Aranzadi*, 8-9 (2019)
- HUERTA VIESCA, María Isabel «La Unión Europea ante la insolvencia: sucinta aproximación a la novísima Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración», en Andrés SÁNCHEZ SANTAMARÍA, *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: estudios sobre la Unión Europea. Homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Pamplona, 2019, 573-588
- LADO CASTRO-RIAL, Cayetana «Líneas esenciales de la Directiva», *Unión Europea Aranzadi* 8-9 (2019);
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel *La calificación del concurso de acreedores*, Pamplona, 2019.
- QUIJANO, Jesús «La modificación del régimen de la calificación del concurso», en Inmaculada HERBOSA, *El concurso y la conservación*

de la empresa: debates sobre nuestra inminente nueva Ley Concursal
Pamplona, 2022, 329-347

- Rojo, Ángel «Presupuesto objetivo», en Ángel, Rojo / Emilio BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, vol. 1, Madrid, 2006, 164-193; IDEM, «La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva», *Anuario de Derecho Concursal* 42 (2017) 99-111.
- Rojo, Angel / CAMPUZANO, Ana Belén (dirs.), *La calificación del curso y la responsabilidad por insolvencia*, Pamplona, 2013.
- SALA, Abel Joan “La reforma de la calificación del concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 58 monográfico (2023) 141-201.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique, *Reestructuración y liquidación de microempresas en crisis*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- TAPIA HERMIDA, Alberto «El nuevo marco europeo para la reestructuración empresarial ante la megacrisis del Covid-19: la Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia», *La Ley Unión Europea* 89 (2021); IDEM, «Decálogo del nuevo marco europeo para la reestructuración empresarial ante la megacrisis del Covid-19: la Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia», *Diario La Ley* 9793 (2021).
- TIRADO MARTÍ, Ignacio, «El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 211-253.
- VELA PÉREZ, José «El procedimiento especial de microempresas», *Anuario de Derecho Concursal* 58 (2023) monográfico, 475-510.