

“La configuración de los marcos de reestructuración preventiva en la directiva europea sobre reestructuraciones e insolvencia”

por Ana Belén Campuzano¹

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN GENERAL. II. LA CONFIGURACIÓN DE LOS MARCOS DE REESTRUCTURACIÓN PREVENTIVA. 1. La detección temprana de las dificultades financieras. 2. La viabilidad económica. 3. La continuación de la actividad empresarial. 4. La negociación con los interesados. 5. La reducción del coste del procedimiento. 6. Los deudores con dificultades financieras. 7. El administrador de reestructuraciones. 8. Los planes de reestructuración. III. BIBLIOGRAFÍA

I. CONSIDERACIÓN GENERAL

Que la reestructuración preventiva constituye uno de los ejes fundamentales de la *Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia, DOUE L 172/18, de 26 de junio de 2019)*, 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 la creciente tendencia a incorporar soluciones preventivas (no sólo preconcursales, en cuanto alternativas al proceso concursal, sino realmente previas al estado de insolvencia) en el derecho de la crisis económica. En ese contexto se sitúa la Directiva europea sobre reestructuración e insolvencia de 2019, cuyos principios

¹ Catedrática de Derecho Mercantil - Universidad San Pablo CEU

y reglas se mantienen, así como las expectativas que genera su incorporación a la legislación de los Estados miembros, aunque las condiciones económicas en las que la Directiva fue aprobada hayan cambiado profundamente a consecuencia de la pandemia sanitaria o, quizás por eso. Ciertamente, las actuales circunstancias han elevado el protagonismo de los marcos, medidas y procedimientos de reestructuración preventiva, aunque, probablemente, se esté pensando más en la eficiencia de la reestructuración que en la parte preventiva, habida cuenta de las conocidas dificultades financieras en el tiempo presente.

En todo caso, como señala en su primer Considerando, el objetivo de la Directiva es *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.*

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 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.

La Directiva 2019/1023, de 20 de junio, por tanto, persigue, entre otros objetivos, 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 duración. En sus considerandos 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.

La Directiva no resulta aplicable a estos procedimientos en el caso de deudores que constituyan: a) empresas de seguros o de reaseguros; b) entidades de crédito; c) empresas de inversión u organismos de inversión colectiva; d) entidades de contrapartida central; e) depositarios centrales de valores; f) otras entidades y entes financieros; g) organismos públicos con arreglo al Derecho nacional; y h) personas físicas que no tengan la condición de empresario. Sin perjuicio de que los Estados miembros pueden ampliar el elenco de sujetos excluidos respecto a deudores entidades financieras y, por el contrario, ampliar la aplicación de estos procedimientos a personas físicas insolventes que no sean empresarios. A ello se añaden posibles limitaciones, que quedan a la decisión de los Estados miembros, respecto a la limitación de la aplicación de los marcos de reestructuración preventiva a las personas jurídicas y en cuanto a exclusiones o no afectación de algunos créditos: créditos existentes o futuros de antiguos trabajadores o de trabajadores actuales; obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad; o créditos derivados de la responsabilidad extracontractual del deudor. En este último ámbito, por tanto, como en otros muchos aspectos de la Directiva, resultan sustanciales las decisiones que cada Estado miembro adopte en el proceso de trasposición de la norma. Sin embargo, esa potestad de los Estados no se traslada a los derechos de pensión de jubilación devengados, respecto a los cuales la Directiva señala que los Estados miembros garantizarán que los marcos de reestructuración preventiva no repercutan en los mismos.

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 viabilidad. Para ello fija 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 efectos. 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 prolijos 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.

Los Estados miembros han de adoptar y publicar, a más tardar el 17 de julio de 2021, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva, aunque se prevé que aquellos Estados que experimenten especiales dificultades para aplicar la presente Directiva puedan disfrutar de una prórroga máxima de un año del plazo de aplicación previsto, lo que han debido notificar a la Comisión antes del 17 de enero de 2021. Aunque algunos Estados miembros ya ha cumplido, o cumplirán, con el plazo de incorporación de la Directiva a sus legislaciones nacionales, también habrá Estados que harán uso de esta prórroga, más aún en el contexto generado como consecuencia de la pandemia sanitaria.

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.

En el caso del derecho español, 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 destaca 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 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.* Y, en el ámbito de las medidas concursales temporales adoptadas para paliar los efectos del Covid 19, el Real Decreto-Ley 5/2021, de 12 de marzo, modifica la Ley 3/2020, de 18 de septiembre -que recoge estas medidas concursales temporales- y en su parte expositiva, señala que articula *la*

prórroga de moratorias... concursales, precisando que se extienden hasta finales de año las moratorias para el desencadenamiento automático de procesos concursales, con el fin de dotar de un margen de tiempo adicional para que las empresas que están pasando por mayores dificultades como consecuencia de la pandemia puedan restablecer su equilibrio patrimonial, evitando una innecesaria entrada en concurso. Además, se mantienen las mejoras de agilidad en el proceso concursal, mientras se completa la modernización del régimen concursal español en el marco de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Añadiendo que la moratoria concursal proporcionará el marco adecuado para abordar el proceso de análisis y refuerzo de los balances y de reestructuración financiera, en el curso de 2021, en paralelo con la modernización del marco concursal con ocasión de la transposición de la correspondiente Directiva. De esta manera, el conjunto de medidas contempladas en el Real Decreto-ley permitirá apoyar a las empresas con problemas de solvencia desde las situaciones más leves hasta las más severas, siempre con el objetivo de apoyar el mantenimiento de la actividad y el empleo.

A pesar de que en el derecho español se está, actualmente, en el período de transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, el impacto de sus previsiones ya es perceptible. En efecto, las previsiones de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia han justificado que algunos juzgados mercantiles hayan aceptado el denominado prepack concursal - “paquete previo al concurso” o “empaquetado concursal”- a pesar de que este procedimiento no tiene reconocimiento legal en nuestra legislación concursal, motivo que lleva a otros juzgados a no admitir esta alternativa. Esta opción fue acogida en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona de 29 de julio de 2020, al resolver la petición de medida cautelar solicitando el nombramiento de un experto independiente (que en el futuro podría ser el propio administrador concursal) que supervise el proceso de venta de unidad

productiva, para que dicha venta pudiera llevarse a cabo de forma simultánea o inmediata a la declaración de concurso, medida que se coordinaría con el precurso en tramitación ante otro Juzgado Mercantil. En el supuesto, se opta por formular la solicitud dentro de la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores, entendiéndose que *no se puede considerar ajeno a su finalidad el tratar de efectuar las gestiones necesarias para entrar en el procedimiento concursal de la mejor de las maneras posibles, aunque sea previendo la venta de unidades productivas, que, por otra parte, no deja de ser una de las posibilidades de contenido de un convenio concursal (...)*. Por lo que respecta al fondo de la petición, la resolución judicial indica que *lo que se solicita, en esencia, en este procedimiento, es anticipar la designación del futuro administrador concursal cuya función sería simplemente de acompañamiento, sin suspender ni intervenir las facultades de administración y disposición del deudor, a efectos de supervisar las negociaciones (...)* y, en su caso, un posible acuerdo de venta de unidad productiva a incorporar junto con la posterior solicitud de concurso. El mecanismo anteriormente indicado, previo a la declaración de concurso y denominado *pre-pack* o *pre-packaged concursal*, se viene utilizando en el derecho comparado con mayores o menores diferencias en atención al país de referencia. La medida que ahora se propone se asemeja a la del *"silent trustee"*, figura de creación jurisprudencial en el derecho holandés cuya función es facilitar al futuro administrador obtener la mayor información posible acerca de la compañía en cuestión con carácter previo a su designación formal como administrador concursal, y ello para que pueda examinar todas las circunstancias económico-financieras y prever posibles soluciones, de modo que de resultar la alternativa más beneficiosa, pueda implementarse el *"pre-pack"* de forma inmediata a la declaración judicial de insolvencia por el juez competente. La petición mencionada, no regulada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, no resulta totalmente desconocida en la experiencia práctica concursal en España, pues el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, mediante Auto de 9 de enero de 2012 en el concurso (...) y tras reconocer que no se trataba de una posibilidad directamente prevista en la Ley Concursal pero tampoco prohibida, procedió a designar a un órgano interino de administración concursal con el objetivo de tutelar alguna de las actuaciones del deudor bajo comunicación del artículo 5 bis y de supervisar la preparación del posible

procedimiento concursal. Más concretamente se estableció que dicha tutela suponía “anticipar algunas de las tareas de administración concursal, aquellas que no supongan facultades de decisión directa ni supongan la sustitución o intervención de las actuaciones del deudor”. Los razonamientos que llevaron a dicho Juzgado de lo Mercantil a acordar esta medida fueron en términos generales los siguientes: permitir que el administrador concursal interino supervise las decisiones que toma el deudor durante esta fase y que pueda adquirir conocimiento acerca del negocio, con el fin de que declarado el concurso este se trámite con la rapidez exigida para este tipo de operaciones; hacer posible una continuidad entre las decisiones pre y post concursales y, no debe tratarse de una medida justificada para todos los supuestos, sino que hay que valorar caso por caso y ver las circunstancias concurrentes (“esta situación de tutela interina es especialmente importante cuando se trata de empresas en funcionamiento que tengan actividad industrial y que den empleo directo o indirecto a un número importante de trabajadores”). Además de lo expuesto, la Directiva (UE) 2019/1023 incluye entre sus objetivos conseguir que los estados implementen nuevas medidas tendentes a garantizar un más ordenado y eficiente procedimiento de liquidación, reduciéndose la excesiva duración de los procedimientos de insolvencia en beneficio de unos mayores porcentajes de recuperación. Por tanto, en una situación de “distressed” donde se plantee un escenario liquidatorio o incluso de concurso con activo insuficiente para el pago de créditos contra la masa, sin duda que la opción apuntada podría ser de interés con el fin de maximizar el activo. A esta fase de preparación de las operaciones sobre los activos de la empresa podrá serle de aplicación el carácter reservado propio de la comunicación de (...) la Ley Concursal (art. 583 TRLC), si así se hubiere solicitado. Acogiendo esta argumentación, en el caso concreto resuelto en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona de 29 de julio de 2020 se considera adecuada la concesión de la petición realizada respecto al experto independiente, especificando su estatuto y funciones. Y dispone en el estatuto jurídico del experto independiente que el experto nombrado en esta fase pre-concursal será también el administrador concursal, una vez declarado el concurso, en su caso, y salvo causa justificada. En consecuencia, para su nombramiento y durante su gestión resultarán de aplicación las normas

establecidas por la Ley Concursal sobre nombramiento (...) de la administración concursal.

Este prepack concursal ha sido acogido por los Juzgados Mercantiles de Barcelona (20 de enero de 2021) y por los Juzgados Mercantiles de Baleares (28 de abril de 2021), que determinan el procedimiento a seguir, al objeto de dotarlo no sólo de la mayor eficiencia posible, sino también de transparencia. El procedimiento, siguiendo estas consideraciones, ha sido aplicado en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga de 15 de febrero de 2021.

Por el contrario, sobre la base de que la legislación española aún no contempla esta figura -aun cuando considera deseable que así se haga, al trasponer la Directiva comunitaria sobre marcos de reestructuración temprana- la Guía de Buenas Prácticas para la venta de unidades productivas (Colegio de Abogados de Madrid, en colaboración con Economistas y Judicatura, aprobada por los Jueces Mercantiles de Madrid el 22 de enero de 2021).

II. LA CONFIGURACIÓN DE LOS MARCOS DE REESTRUCTURACIÓN PREVENTIVA

De los extensos considerandos de la Directiva, así como de su articulado, pueden deducirse algunos de los principales objetivos y características que han de procurar los marcos de reestructuración preventiva que se incorporen a las legislaciones de los Estados miembros, que habrán de incluir en sus legislaciones procedimientos de reestructuración efectivos, aunque ello no implique, necesariamente, que todos los deudores puedan acceder en las mismas condiciones (los Estados pueden exigir requisitos en atención a conductas rechazables de algunos deudores) y tampoco se impide que los Estados limiten el número de veces, dentro de un período determinado, que un deudor puede acceder a un marco de reestructuración preventiva.

1. La detección temprana de las dificultades financieras

Los marcos de reestructuración preventiva persiguen, ante todo, una reestructuración efectiva de los deudores con dificultades financieras en un momento temprano. Delimitar el término “temprano” es, en realidad, complejo, dado que aunque el espíritu de la Directiva es que esa detección o alarma temprana sea previa a la situación de insolvencia, no faltan las referencias a la

insolvencia inminente. En efecto, la Directiva alude en diversas ocasiones a marcos de reestructuración preventiva temprana que eviten la insolvencia, limitando así la liquidación innecesaria de empresas viables y evitando, asimismo, la acumulación de préstamos dudosos. Como se destaca, cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación. Por ello, se incide en la necesidad de facilitar *información clara, actualizada, concisa y fácil de utilizar sobre los procedimientos de reestructuración preventiva* a los que puede acudir el deudor a tiempo aún de adoptar medidas eficientes frente a sus dificultades financieras. Todo mecanismo que se implemente y sirva al objeto de esta alerta temprana –público o privado- redundará en un mayor éxito de la reestructuración, aunque la Directiva no atribuye a los Estados miembros ninguna responsabilidad por los posibles daños y perjuicios ocasionados por los procedimientos de reestructuración derivados de dichas herramientas de alerta temprana. En este sentido, se pretende que el marco o marcos de reestructuración esté disponible antes de que un deudor se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a la normativa nacional, es decir, antes de que el deudor reúna las condiciones de la normativa nacional para entrar en un procedimiento colectivo de insolvencia que implica normalmente un total desapoderamiento -o, al menos, un relevante desapoderamiento- del deudor y el nombramiento de un administrador.

No obstante, si se atiende a la literalidad con la que en el articulado de la Directiva se inicia el régimen de la disponibilidad de marcos de reestructuración preventiva, se aprecia que se incide en que *los Estados miembros se cerciorarán de que, cuando se hallen en un estado de insolvencia inminente, los deudores tengan acceso a un marco de reestructuración preventiva que les permita reestructurar, con el fin de evitar la insolvencia y garantizar su viabilidad, sin perjuicio de otras soluciones destinadas a evitar la insolvencia, protegiendo así el empleo y manteniendo la actividad empresarial.* No cabe duda, por tanto, de que el objetivo es detectar las dificultades financieras con la mayor antelación posible, evitando que éstas se pongan de manifiesto

cuando la insolvencia es ya actual. Pero no se rechazan los marcos de reestructuración preventiva en relación con la insolvencia inminente, teniendo en cuenta que ambos conceptos o “estados” se definen por la legislación de cada Estado. De hecho, las obligaciones de los administradores sociales que establece la Directiva (art. 19) se vinculan con la insolvencia inminente: los Estados *se cerciorarán de que, en caso de insolvencia inminente, los administradores sociales tomen debidamente en cuenta, como mínimo, lo siguiente: a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia, y c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa.*

En el caso de la legislación española, la insolvencia es un estado; “ser” insolvente es “estar” en insolvencia; y estar en insolvencia exige cierto grado de continuidad. Indica el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 11 de junio de 2007, que la expresión “estado de insolvencia” se entiende en un sentido flexible, que se identifica con la situación de incapacidad actual o inminente para el cumplimiento regular de las obligaciones, aunque la imposibilidad se deba a una situación de iliquidez, pero con activo superior al pasivo exigible. El artículo 597 del texto refundido de la Ley Concursal se refiere al deudor, persona natural o jurídica, en situación de insolvencia actual o inminente, aunque es el artículo 2.3 del mismo texto (el presupuesto objetivo del concurso de acreedores) el que delimita el estado de insolvencia actual y de insolvencia inminente. En lo que aquí interesa, en la normativa concursal española se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art.2.3 TRLC). En estado de insolvencia inminente el deudor podría (es una facultad) solicitar su declaración en concurso y puede, igualmente, optar por una alternativa de derecho preconcursal (acuerdo de refinanciación y acuerdo extrajudicial de pagos). El concepto de insolvencia inminente gira en torno a la previsión de la imposibilidad de cumplir. El adjetivo inminente significa “que amenaza o está para suceder prontamente”. Insolvencia inminente equivale a insolvencia amenazante. Los elementos del concepto de insolvencia inminente son, en primer lugar, la objetiva previsibilidad de la insolvencia y, en segundo lugar, la

inminencia de ese estado. De un lado, la insolvencia inminente exige una previsión de la imposibilidad de cumplir de modo regular y puntual las obligaciones existentes a medida que sean exigibles. Al tratarse de una previsión, la insolvencia inminente es un estado objetivamente probable, y no un estado absolutamente seguro. De otro lado, el juicio que contenga esa previsión debe ser un “juicio de probabilidad”, y no un “juicio de posibilidad”. 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 como objetivamente probable a corto plazo, y no el que prevea simplemente como posible que se encontrará en ese estado. El objeto de esa previsión es que el deudor prevea que no va a poder cumplir y, además, que esa situación de imposibilidad se va a prolongar en el tiempo. El objeto de la previsión no es la dificultad para cumplir, sino la imposibilidad para hacerlo.

Como señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de 8 de septiembre de 2008, la insolvencia inminente que sigue el modelo alemán de la Insolvenzordnung alemana de 1994, se configura 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. Concurrirá la insolvencia inminente no solo cuando el deudor prevea que no puede cumplir sus obligaciones en el futuro, sino también cuando las puede cumplir, pero con retraso o puede cumplirlas de forma irregular. También el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao de 17 de febrero de 2006, al indicar que la insolvencia inminente se configura como un estado de pronóstico cierto de la insolvencia todavía no actual (el deudor que prevea que no podrá cumplir), pero referido no sólo a la regularidad, como en el modelo de insolvencia actual, sino también referido a la puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones. Por otra parte, señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 25 de marzo de 2015 que *la Ley Concursal únicamente define la insolvencia (...) como aquel estado en que el deudor no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles. Se entiende que esa definición está referida a la insolvencia actual. Debe colegirse que la insolvencia inminente es*

aquella condición en que el deudor se enfrenta a una futura imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles, sin que la Ley Concursal establezca ninguna exigencia respecto al tiempo máximo al que debe referirse esa predicción. Como ha explicado la Sentencia de la Sección 28 especializada mercantil de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 18 de noviembre de 2008, la situación de insolvencia es absolutamente compatible con la existencia de un balance saneado si, al propio tiempo, la sociedad carece de liquidez para atender regularmente sus obligaciones. Por otra parte, la causa de la imposibilidad de cumplir es indiferente: es insolvente tanto quien no puede cumplir por carecer de bienes suficientes con los que hacer frente a las deudas como quien no puede hacerlo, a pesar de tener patrimonio, por falta de liquidez y/o de crédito

2. La viabilidad económica

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 –como una refinanciación- 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, se 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.

En la experiencia española respecto a los acuerdos de refinanciación, que también requieren viabilidad, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017 plantea ¿qué es lo que tiene que ser viable?, ¿qué grado de certidumbre ha de concurrir?, ¿hasta qué momento debe abarcar dicho grado de certidumbre? y ¿de quién ha de predicarse la viabilidad?. Respecto a ¿qué es lo que tiene que ser viable? señala que lo relevante no es que la sociedad pueda seguir viva, sino que la actividad profesional o empresarial del deudor continúe a corto y medio plazo.

Así, destaca la referida resolución judicial que *la primera pregunta debe responderse afirmando que la viabilidad no hace referencia a la idea de sociedad, como conjunto organizado de personas para la consecución de un fin común, sino a la idea de empresa, como unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos. Y ello porque el centro de atención lo constituye la actividad empresarial, siendo a ella a la que se refieren, no solo los Considerandos 15, 16 y 23 de la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, sino también la Ley Concursal (...). Por otra parte, y como manifesté en el auto de 8 de noviembre de 2016, tanto el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, como la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, expresan que la finalidad de las mismas es "adoptar medidas favorecedoras del alivio de carga financiera o "desapalancamiento", optando, frente a la liquidación de una empresa viable desde un punto de vista operativo pero inviable desde un punto de vista financiero, por "sanearla desde un punto de vista financiero, con el fin de que la deuda remanente sea soportable, permitiendo así que la empresa siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, generando riqueza y creando puestos de trabajo". Igualmente, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, identifica expresamente en su Preámbulo como la primera premisa básica de la citada Ley 17/2014, "considerar que la continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa no sólo para las propias empresas, sino para la economía en general y, muy en especial, para el mantenimiento del empleo". Y, en la misma línea, el Considerando 1 de la Recomendación de la Comisión señala que "el objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía". Por tanto, lo relevante no es que la sociedad pueda seguir viva, es decir, que no se disuelva, sino que la actividad empresarial continúe puesto que, como hemos visto, es esta circunstancia la que justifica excepcionar tanto el régimen normal de rescindibilidad concursal como el principio de relatividad contractual. Y ello con independencia de que la falta de continuidad empresarial pueda fundarse, no*

solo desde puntos de vista económicos o industriales sino también jurídicos, por ejemplo, a través de la alegación de que la sociedad no saldría de una causa de disolución en la que pudiera encontrarse y con ello se imposibilitaría la continuidad de su actividad. No obstante, en el caso de autos no se alegó esta circunstancia en las demandas de impugnación sino en el acto de la vista, por lo que no cabe su análisis al haberse planteado en un momento en el que había precluido tal posibilidad, de conformidad con los artículos 136 y 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La segunda de las cuestiones planteadas ¿qué grado de certidumbre ha de concurrir?, se entronca en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017 con la idea de que no basta con que sea posible la continuidad de la actividad empresarial, sino que lo relevante será que la probabilidad de que ello suceda sea mayor que la de que no suceda; que sea razonable entender que se producirá, sin llegar a pretender una certeza absoluta y sin obviarse que el análisis de razonabilidad acerca de la continuidad exigirá un examen previo del carácter realizable del plan, es decir, si las bases sobre las que se sustenta son de plausible cumplimiento.

En este sentido, destaca la sentencia que *siguiendo con el planteamiento inicial y despejada la primera incógnita, la siguiente cuestión a tratar es el grado de certidumbre que debe existir respecto de la continuidad de la actividad empresarial, para lo cual hemos de hacer una aproximación a los conceptos de posibilidad y probabilidad, bastando con señalar que la posibilidad hace referencia a la potencialidad frente a la actualidad, es decir, a la capacidad de algo para llegar a ser o a producirse, mientras que la probabilidad alude a la razonabilidad de que algo suceda y, por tanto, a diferencia de la posibilidad, admite graduación. De forma que algo será posible o imposible y, en el primer caso, más o menos probable. Sobre estas premisas, parece lógico entender que no basta con que sea posible la continuidad de la actividad empresarial, sino que lo relevante será que la probabilidad de que ello suceda sea mayor que la de que no suceda. Así, cuando la Ley Concursal (...) exige que el plan de viabilidad al que debe responder el acuerdo de refinanciación "permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial", no está pretendiendo decir que ello sea posible (es decir, que no sea imposible), sino que sea razonable entender que*

se producirá. Lo que, además entronca con la valoración que ha de hacer el experto independiente para el caso de ser designado, ya que el mismo ha de informar sobre "el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad". Por tanto, la Ley Concursal parecería alejarse de los postulados de la Recomendación de la Comisión de 2014, ya que, cuando propugna el rechazo de los planes que "claramente no ofrezcan ninguna perspectiva de (...) garantizar la viabilidad" (Considerando 23), podría dar a entender que bastaría con lo contrario para su aprobación, es decir, con que ofrezcan alguna perspectiva de garantizar la viabilidad. Sin embargo, no podemos llegar a una conclusión de tal calado ya que, anteriormente, el Considerando 15 se había encargado de exigir que el plan contuviera una descripción detallada de "las posibilidades de que el plan (...) garantice la viabilidad", lo que necesariamente (por la utilización del plural) alude a la realización de juicio de probabilidad o, si se quiere, de razonabilidad. Lo contrario supondría vaciar de contenido el requisito analizado, puesto que bastaría con indicar en el plan de viabilidad que todo depende de que un tercero asuma, sin contraprestación, la totalidad de la deuda de la compañía, pues ello es posible y, por tanto, realizable, y de cumplirse es razonable pensar que la compañía podría continuar con su actividad. Sin embargo, no es probable que ello suceda. En cualquier caso, la exigencia de razonabilidad no puede ser llevada hasta el extremo de pretender una certeza absoluta, como se desprende (...) de la Ley Concursal puesto que el mismo, al negar la posibilidad de rescindir en sede concursal los acuerdos de refinanciación que cumplan determinados requisitos, incluye entre los mismos precisamente el examinado, es decir, que el acuerdo de refinanciación "permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial". Por tanto, es posible entender que un acuerdo de refinanciación alcanzado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso permitía la continuidad a pesar de que, finalmente, la sociedad acabara entrando en concurso. En conclusión, el análisis ha de limitarse a valorar si es razonable pensar que, si el deudor actúa tal y como prevé el plan de viabilidad, la probabilidad de que pueda continuar su actividad empresarial supera a la probabilidad de que no pueda hacerlo, por lo que será desproporcionado exigirle un sacrificio si es más probable que, a pesar del mismo, no se produzca tal continuidad. Pero no puede obviarse que dicho análisis de razonabilidad acerca de la continuidad exigirá un examen previo del carácter realizable del plan, es

decir, si las bases sobre las que se sustenta son de plausible cumplimiento. Y ello en contra de lo que sostienen las solicitantes, que afirman en el parágrafo 220 de su oposición que "un acreedor únicamente podrá denunciar la existencia de un sacrificio desproporcionado en relación con la viabilidad de las sociedades deudoras si prueba: (i) que aun cuando se extendieran los efectos del acuerdo de refinanciación y se cumpliesen todas las previsiones contenidas en el Plan de Viabilidad, no se permitiría la continuidad de las deudoras en el corto y medio plazo; o (ii) que la referida continuidad se habría alcanzado igualmente sin la extensión de efectos, porque el examen que respecto del plan de viabilidad se efectúa en el auto de homologación tiene un carácter cuasi formal, en el sentido de que, como es obvio, carece el juzgador de los necesarios conocimientos técnicos y económicos como para poder realizar una evaluación que vaya más allá de la razonabilidad aparente de las conclusiones de aquél, de modo que, si bien esto no puede ser nuevamente discutido, es decir, la razonabilidad aparente de las conclusiones, no puede vedarse la posibilidad al análisis de algo más profundo, es decir, por una parte, del carácter realizable de las bases sobre las que se apoyan tales conclusiones y, por otra, de la razonabilidad real y no aparente de tales conclusiones.

La tercera pregunta que se plantea en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017, ¿hasta qué momento debe abarcar dicho grado de certidumbre?, se relaciona con la finalidad legislativa de que no se utilice el mecanismo de la refinanciación para un fin distinto del previsto, teniendo en cuenta que expresamente el tiempo sobre el que se proyecta el juicio de probabilidad se sitúa en el corto y medio plazo, lo que le permite entender que la viabilidad no se refiere a términos actuales, sino que se proyecta a partir del corto y medio plazo. El deudor mantiene la actividad profesional o empresarial y el acuerdo de refinanciación ha de responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor a corto y a medio plazo.

La resolución judicial resalta que *la tercera pregunta alude al tiempo sobre el que ha de proyectarse el anterior juicio de probabilidad y, en atención a las alegaciones de las impugnantes, a si el marco temporal analizado ha de guardar relación con el momento en el que el acuerdo prevé el pago de los*

impugnantes. Sin embargo, nos encontramos ante cuestiones distintas, por cuanto que lo que el legislador pretende con el establecimiento de un requisito temporal es asegurarse de que no se utiliza el mecanismo de la refinanciación para un fin distinto del previsto y que puede aglutinarse en los términos del Considerando I de la Recomendación de la Comisión, en el que se expone que "el objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía". Cuestión distinta será que la falta de garantía en el cobro pueda suponer un empeoramiento de la situación del acreedor al que se extienden los efectos, lo que será analizado posteriormente. Por tanto, y atendiendo al tenor (...) de la Ley Concursal, el tiempo sobre el que se proyecta el juicio de probabilidad se sitúa en el corto y medio plazo. Dualidad que tiene su importancia porque implica la necesidad de efectuar un doble análisis, ya que no bastará con que en el corto plazo sea probable la continuidad, sino que ha de serlo también en el medio plazo. Y ello porque, no es suficiente con que la continuidad se limite al plazo de un año (que se identifica en el Plan General de Contabilidad de 2007 con el corto plazo) ni es exigible al acreedor que tenga que esperar hasta pasado ese plazo para ver reanudada la actividad. En cualquier caso, a nivel Comunitario parece apuntarse tanto a la unificación del plazo como a su extensión, al proponerse que en el artículo 8.1 de la Directiva que se aporte "un dictamen o declaración motivada por la persona responsable de proponer el plan de reestructuración que explique por qué la empresa es viable, cómo la aplicación del plan propuesto puede evitar la insolvencia del deudor y restablecer su viabilidad a largo plazo, y en el que se expongan asimismo las condiciones sine qua non para su éxito" (...). Por otra parte, también cabe plantearse si es precisa la viabilidad actual de la sociedad o si es suficiente que se proyecte a partir del corto plazo. Es decir, si puede acudir al mecanismo ofrecido por la (...) Ley Concursal un deudor que, no solo tenga dificultades financieras, sino que en el momento de la solicitud tampoco sea viable desde un punto de vista operativo y que no vaya a serlo hasta pasado un año, al tomarse como referencia el corto plazo. La cuestión es de notable

importancia puesto que de lo que se trata es de determinar si puede acceder a la homologación el deudor que precise, no solo de una reestructuración financiera sino también empresarial, es decir, que exija para alcanzar una viabilidad operativa, por ejemplo, reducción de costes de funcionamiento o cambio en el modelo de negocio (...). Si atendiéramos exclusivamente a la Recomendación de la Comisión, podríamos llegar a pensar que solo se confiere tal posibilidad a las empresas actualmente viables, puesto que constantemente se refiere a las "empresas viables con dificultades financieras" (Considerandos 1, 11, 12 y 14 y artículos 1 y 16), pero lo cierto es que el legislador nacional ha optado por no establecer limitación alguna en (...) la Ley Concursal, por lo que considero que la falta de viabilidad presente del deudor no es obstáculo para la homologación de un acuerdo de refinanciación que responda a un plan de viabilidad que no solo se sustente en una reestructuración financiera. Y es que solo parece desprenderse la necesidad de actividad actual, con independencia de su viabilidad presente, al exigirse que el plan permita su continuidad (...). Éste, además, parece ser el camino que podría seguirse a nivel comunitario de aceptarse la Propuesta de Directiva ya citada, pues en la misma se habla del restablecimiento de la viabilidad (artículos 4.1, 8.1.g y 12.1), lo que implica su inexistencia actual, así como de la reestructuración, no solo de las deudas sino también de la empresa (artículo 4.1).

La última de las cuestiones que formula la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017, es ¿de quién ha de predicarse la viabilidad?. La literalidad legal señala que la viabilidad que permita la continuidad ha de predicarse de la actividad profesional o empresarial del deudor. En el supuesto analizado en dicha resolución la dificultad deriva del hecho de que se trata de la refinanciación de un grupo de sociedades. En este caso, entiendo que la respuesta ha de ser que debe procurarse la continuidad de la actividad empresarial de cada sociedad, individualmente considerada, esencialmente, por la falta de personalidad jurídica propia e independiente del grupo de sociedades. A ello se añade que, careciendo de una regulación sustantiva del grupo de sociedades, no parece que pueda exigirse al acreedor un sacrificio que no lleve aparejada la continuidad de la actividad empresarial de su deudor, lo que no comporta que sea precisa la elaboración de tantos planes

de viabilidad como sociedades haya, ya que será suficiente con que del plan o de los planes que se presenten se desprenda la viabilidad de cada sociedad individualmente considerada.

Así, señala la sentencia que. *finalmente, es fundamental analizar si, en un supuesto como el presente de refinanciación de un grupo de sociedades, la continuidad de la actividad empresarial que ha de producirse con la implantación del plan de viabilidad al que responde el acuerdo de refinanciación debe predicarse del grupo en general o de todas y cada una de las sociedades deudoras firmantes de dicho acuerdo en particular. Y la respuesta es clara. Debe procurarse la continuidad de la actividad empresarial de cada sociedad, individualmente considerada. Esencialmente, por un motivo, la falta de personalidad jurídica propia e independiente del grupo de sociedades, que provoca que las relaciones jurídicas que mantengan las sociedades con terceros no produzcan efectos directos respecto de las restantes, de modo que quien es acreedor de una sociedad, por el principio de limitación de la responsabilidad, lo es de ésta y de ninguna otra (sin perjuicio de la extensión de responsabilidad, por ejemplo, en el ámbito laboral en el caso de los denominados grupos patológicos de sociedades, pues en este caso no es por la existencia del grupo sino por el modo de actuación concreto de las sociedades por el que se solidariza la responsabilidad). El grupo de sociedades, como tal y no como conjunto de sociedades, no tiene activo ni pasivo. No es sujeto de relación jurídica alguna que determine que haya de cumplir una obligación o que pueda exigir su cumplimiento, sino que serán las sociedades que forman entre si el grupo de sociedades las que, individualmente, sean titulares de derechos y obligaciones. Por tanto, no puede exigirse al acreedor de una sociedad (que solo puede ver satisfecho su crédito con los activos de la misma, pues no puede dirigirse contra las restantes sociedades del grupo con las que no mantenga relaciones jurídicas), que se sacrifique para que otras sociedades del grupo puedan continuar con su actividad. Criterio que resulta conforme con la jurisprudencia sentada en materia de rescisión concursal por la Sala Primera del Tribunal Supremo (esencialmente, en la sentencia 100/2014, de 30 de abril, citada por otras muchas, entre cuyas más recientes se encuentra la número 407/2017, de 27 de junio), ya que, si bien se admite que la onerosidad del acto constitutivo de*

la garantía establecida sobre el bien de una sociedad venga dada por la concesión de un crédito a otra sociedad del mismo grupo, a la hora de determinar el carácter perjudicial del acto, habrá de valorarse "si ha existido alguna atribución o beneficio patrimonial en el patrimonio del garante que justifique razonablemente la prestación de la garantía", sin perjuicio de que "no ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto". Y ello porque el sacrificio exigido al acreedor no tendría beneficio correlativo alguno al cesar la actividad empresarial de la sociedad deudora. No puede obviarse que se hace precisa una regulación no meramente contable o procesal del grupo de sociedades, sino sustantiva, pero hasta que ello no se produzca considero que no puede exigirse al acreedor un sacrificio que no lleve aparejada la continuidad de la actividad empresarial de su deudor. En cualquier caso, esta conclusión no comporta que sea precisa la elaboración de tantos planes de viabilidad como sociedades haya, ya que será suficiente con que del plan o de los planes que se presenten se desprenda la viabilidad de cada sociedad individualmente considerada.

3. La continuación de la actividad empresarial

La reestructuración que plantea la Directiva comunitaria debe permitir a los deudores en dificultades financieras continuar su actividad empresarial, en su totalidad o en parte, modificando la composición, las condiciones o la estructura del activo y del pasivo o de cualquier otra parte de su estructura de capital -en su caso mediante la venta de activos o de parte de la empresa o, cuando así lo prevea el Derecho nacional, de la empresa en su conjunto- así como realizando cambios operativos (en cada supuesto, conforme a las previsiones legales que la normativa de cada Estado miembro requiera). Una reestructuración efectiva y viable ha de ayudar –procurará- la salvaguarda de puestos de trabajo y de conocimientos y competencias y maximizará el valor total para los acreedores - 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-, así como para los propietarios y para la economía en su conjunto. La continuación de la actividad se relaciona con la denominada función conservativa, pero, también se relaciona

–no se contrapone- con la función solutoria, es decir, la máxima satisfacción de los acreedores. En buena lógica, una reestructuración exitosa debe conducir al mantenimiento de la actividad empresarial, y ello redundará positivamente en el mantenimiento de empresas y puestos de trabajo y en el grado de satisfacción de los acreedores.

En el derecho español la continuación de la actividad empresarial o profesional incluso se persigue tras la declaración del concurso de acreedores, que no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor. Esa declaración legal deja claro que el concurso de acreedores no es, en sí mismo considerado, causa de finalización de la actividad profesional o empresarial que viniera ejercitando el concursado. En consecuencia, hasta que se produzca la aceptación de la administración concursal, el propio concursado habrá de continuar ejerciendo provisionalmente la actividad, sin perjuicio de las medidas cautelares que hubieran podido ser adoptadas, y con sometimiento a varios requisitos específicos. No obstante, las estadísticas indican que, mayoritariamente, el concurso de acreedores no logra esa continuidad, lo que exige plantearse que una reestructuración preventiva temprana tenga más posibilidades de lograrlo.

4. La negociación con los interesados

Los procedimientos u operaciones de reestructuración deben basarse en un diálogo con los interesados, desde la perspectiva general de la protección equilibrada de los derechos de todos los implicados, haciendo especial hincapié en la adecuada participación de los representantes de los trabajadores. Es obvio que todo proceso de reestructuración requiere negociar y la implicación de todos los afectados, en cuanto las medidas y plan que pretenda alcanzarse requerirá de la conformidad de la mayoría, así como para lograr los efectos positivos del mantenimiento de la empresa y del empleo que debe procurar una reestructuración efectiva. Esta negociación tendrá más posibilidades de alcanzar resultados positivos cuanto antes se detecten las dificultades financieras y antes se acometan medidas para afrontarlas. Aunque, lógicamente, el momento central de la negociación se circunscribe al sometimiento del plan previsto a la aceptación de los interesados.

En todo caso, como es habitual en los procesos y procedimientos que atienden a la solución de las dificultades financieras o económicas, esta negociación debe de realizarse en ciertas condiciones, para procurar su éxito. Fundamentalmente, la cuestión reenvía al marco de suspensión de las ejecuciones, una vez que se produce la solicitud de reestructuración o la apertura del procedimiento. La Directiva define la “suspensión de ejecuciones singulares” como toda suspensión temporal, concedida por una autoridad judicial o administrativa o por ministerio de la ley, del derecho de un acreedor a ejecutar un crédito frente a un deudor y, cuando así lo disponga la normativa nacional, también frente a terceros prestadores de garantías, en el contexto de un procedimiento judicial, administrativo u otro, o suspensión del derecho de embargar o ejecutar los activos o la empresa del deudor por medios extrajudiciales. No es éste el momento para detenerse en este relevante aspecto –en su alcance y efectos-, pero sí que es oportuno resaltar que la Directiva regula con detalle este punto, con el fin de facilitar las negociaciones relativas a un plan de reestructuración, para ser capaz de continuar su actividad empresarial o, al menos, de preservar el valor de su masa patrimonial durante las negociaciones. En todo caso, en la búsqueda de un equilibrio entre los derechos del deudor y los de los acreedores, la Directiva considera que una suspensión de ejecuciones singulares debe aplicarse por un plazo máximo de cuatro meses, aunque al reconocer que las reestructuraciones complejas pueden requerir más tiempo, prevé que los Estados miembros puedan establecer que, en esos casos, la autoridad judicial o administrativa pueda acordar prórrogas del plazo inicial de la suspensión, con una duración total de doce meses, en aras de la seguridad jurídica (al margen quedarían los supuestos en los que el deudor deviniera insolvente –la insolvencia, al menos la actual, no es, en sí, el presupuesto de la reestructuración- en los que la suspensión quedaría sujeta a otro régimen).

También contempla la Directiva, en relación con las ejecuciones, reglas respecto al alcance de las cláusulas de vencimiento anticipado y de los contratos vigentes con obligaciones recíprocas esenciales. Así, define el “contrato vigente” como aquél entre un deudor y uno o varios acreedores en virtud del cual las partes tienen todavía obligaciones que cumplir en el momento en que se acuerda o aplica la suspensión de las ejecuciones singulares.

5. La reducción del coste del procedimiento

Una de las cuestiones recurrentes en los procedimientos y procesos que las legislaciones establecen para afrontar las dificultades financieras o, en general, la crisis económica, es el de coste de los mismos. También la Directiva comunitaria destaca que es necesario disminuir los costes de la reestructuración, tanto para los deudores como para los acreedores. Integrando dentro del coste tanto el relativo a la duración del procedimiento, como estrictamente el coste económico del mismo, incluso el coste social. Una solución 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. Por ello, para fomentar la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, se insiste en que los marcos nacionales de reestructuración preventiva incluyan procedimientos flexibles.

En cuanto al coste temporal, como precisa la Directiva, 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 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 proceso. 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.

También se incluye, para reducir la duración de los procedimientos, la utilización de medios electrónicos de 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 interesados. 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.

Por lo que se refiere al coste económico, los procedimientos de reestructuración deben tener un coste equilibrado. La cuestión no es sencilla de concretar, sobre todo en lo que se refiere a los costes derivados de la intervención de profesionales. En la medida en que la reestructuración preventiva parte de no “desapoderar” al deudor, 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 realidad, la Directiva se limita a exigir que los Estados miembros velen por que 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. Y es que las connotaciones negativas que pueden generarse por el cuestionamiento de la relación entre las funciones y el coste de estos profesionales es un aspecto que conoce bien la deficiente evolución, en este punto, de la legislación concursal española. En nuestro modelo de administración concursal –pendiente aún de desarrollo tras las reformas introducidas en el mismo en 2011- ha tenido gran impacto esta cuestión, lo que inició una senda, que debe de revertirse, de devaluación de la profesión de administrador concursal. Es evidente que el coste del procedimiento debe ser proporcional a las funciones que procura. Pero, aunque los aspectos que deben de tenerse en cuenta para lograr ese objetivo son diversos, en la evolución de la legislación concursal española resulta sorprendente que reiteradamente las medidas adoptadas para ello, desde las primeras reformas concursales, hayan recaído sobre los profesionales que intervienen en el proceso.

Entre otras, Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, de 12 y 15 de marzo de 2010

En fin, el coste social es, igualmente, relevante. 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.

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

represivo de la insolvencia mercantil- pero, en determinados supuestos establecidos legalmente, si se produce la apertura de la sección de calificación, entre cuyos fines se encuentra sancionar civilmente determinadas conductas. 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.*

6. Los deudores con dificultades financieras

Los marcos de reestructuración preventiva se plantean como procedimientos o medidas que han de estar disponibles a solicitud de los deudores con dificultades financieras, lo que no impide que los Estados miembros también puedan establecer que los marcos de reestructuración preventiva estén disponibles a petición de los acreedores y de los representantes de los trabajadores, a reserva del consentimiento de los deudores.

La previsión requiere algunas puntualizaciones. En primer lugar, que queda a decisión de los Estados poder limitar el acceso de los deudores a la reestructuración, excluyendo a aquellos condenados por grave incumplimiento de las obligaciones en materia de contabilidad o llevanza de libros, sobre todo si con ello resulta imposible conocer la situación empresarial y financiera de los deudores. En segundo lugar, que, junto a las dificultades financieras, se permite

a los Estados ampliar el ámbito de aplicación de los marcos de reestructuración preventiva a aquellas situaciones en las que el deudor se enfrente a dificultades que no sean financieras, siempre que estas supongan una amenaza real y grave para la capacidad actual o futura del deudor de pagar sus deudas al vencimiento de estas. En tercer lugar, que entre esos deudores se indica que debe prestarse especial atención a las pequeñas y medianas empresas. 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.*

Aunque en España resulta frecuente hablar de empresa familiar, no existe equiparación entre ésta y la pequeña y mediana empresa. Cuando la empresa es, fundamentalmente, propiedad de una familia empresaria o tiene un alto porcentaje de tenencia familiar que, además, participa en su gestión, hablamos de empresa familiar. Pero, el concepto de empresa familiar no está vinculado al tamaño de la empresa o al volumen de sus actividades, sino a la dimensión familiar. En este sentido, la empresa familiar puede ser pequeña, mediana o grande, cotizada o no cotizada o, incluso, conformar un grupo familiar de empresas. El tamaño o dimensión de la empresa o su complejidad debe ser tenido en cuenta en la elección de la forma jurídica -esencialmente, la forma societaria- en la que desarrollará su actividad o actividades económicas, pero su

caracterización como empresa familiar no se deriva de este dato, sino de que la propiedad esté única o mayoritariamente en manos de la familia empresaria, que participa en su gestión y aspira a que la empresa continúe en el seno de la familia en generaciones futuras. De ahí que la equiparación que, en ocasiones, se ha pretendido entre empresa familiar y pequeña y mediana empresa no sea exacta. La empresa familiar se caracteriza por su dimensión familiar y no por su volumen de negocio o por el número de empleados. De manera que hay empresas familiares que encajan en la definición de pequeña y mediana empresa, pero también hay empresas familiares que responden a la caracterización de la gran empresa. Ciertamente, la equiparación deriva de la interpretación de datos en ambos ámbitos. En este sentido, si se estima que un elevado porcentaje de empresas son familiares y se indica que la pequeña y mediana empresa constituye el número más elevado de empresas, es fácil concluir que buena parte de las pequeñas y medianas empresas son familiares. Ello no obsta, no obstante, a que la empresa familiar tenga encaje tanto en el volumen de la pequeña y mediana empresa, como en el de la gran empresa.

En todo caso, la Directiva parte de que *para reflejar el carácter anticipatorio de la reestructuración preventiva y animar a los deudores a solicitar la reestructuración preventiva en un momento temprano de sus dificultades financieras, los deudores deben conservar, en principio, el control sobre sus activos y la gestión cotidiana de su actividad empresarial.* En esa medida, aunque se contempla el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, sea para supervisar la actividad de un deudor o para tomar parcialmente el control de las operaciones cotidianas de un deudor, no se considera que tal nombramiento deba ser siempre obligatorio, sino decidirse en atención a las concretas condiciones de cada supuesto, aunque permite, en determinadas circunstancias, que los Estados miembros puedan requerir que en todos los casos se nombre obligatoriamente a dicho administrador.

7. El administrador de reestructuraciones

La Directiva define al “administrador en materia de reestructuración” como toda persona u órgano nombrado por una autoridad judicial o administrativa para desempeñar, en particular, una o más de las siguientes funciones: a) asistir al deudor o a los acreedores en la elaboración o la

negociación de un plan de reestructuración; b) supervisar la actividad del deudor durante las negociaciones de un plan de reestructuración e informar a una autoridad judicial o administrativa; y c) tomar el control parcial de los activos y negocios del deudor durante las negociaciones. Aunque el término acogido es el de administradores en materia de reestructuración, la propia Directiva se refiere también a ellos como administradores concursales.

El nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, sea para supervisar la actividad de un deudor o para tomar parcialmente el control de las operaciones cotidianas de un deudor, no debe ser siempre obligatorio, sino decidirse en cada caso concreto en función de las circunstancias o las necesidades específicas del deudor. No obstante, los Estados miembros deben poder determinar que el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración sea siempre necesario en determinadas circunstancias, como, por ejemplo: en caso de que el deudor disfrute de una suspensión general de ejecuciones singulares; cuando el plan de reestructuración deba ser confirmado por medio de una reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías; cuando el plan de reestructuración incluya medidas que afecten a los derechos de los trabajadores, o cuando el deudor o sus administradores sociales hayan actuado de modo delictivo, fraudulento o perjudicial para las relaciones empresariales. Y, en todo caso, los Estados deben establecer disposiciones para el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración que asista al deudor y a los acreedores en la negociación y elaboración del plan, al menos en los siguientes casos: a) cuando una autoridad judicial o administrativa acuerde la suspensión general de las ejecuciones singulares y la autoridad judicial o administrativa decida que dicho administrador es necesario para salvaguardar el interés de las partes; b) cuando el plan de reestructuración deba ser confirmado por una autoridad judicial o administrativa por medio de un mecanismo de reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías; o c) cuando el deudor o una mayoría de acreedores lo solicite, siempre y cuando, en el último caso, los acreedores carguen con los costes del administrador en materia de reestructuración.

Los administradores en materia de reestructuración que sean nombrados por las autoridades judiciales o administrativas han de estar

adecuadamente formados y tener los conocimientos especializados necesarios; ser nombrados de manera transparente teniendo debidamente en cuenta la necesidad de garantizar la eficiencia de los procedimientos; ser supervisados cuando realicen sus funciones; y ejercer sus funciones con integridad. Todo ello puede reputarse obvio, pero no siempre resulta sencillo de desarrollar. Muestra de ello es que en la legislación concursal española continúan pendientes de desarrollo aspectos esenciales del estatuto de la administración concursal.

El 1 de septiembre 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 las previsiones de la legislación concursal. En efecto, el texto refundido de la Ley Concursal recoge –tras incidir en su necesidad el Dictamen del Consejo de Estado- una disposición transitoria única que en su apartado primero establece que *el contenido de los artículos 57 a 63, 84 a 89, 560 a 566 y 574.1 todos ellos inclusive, de este texto refundido, que corresponda a las modificaciones introducidas en los artículos 27, 34 y 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, entrarán en vigor cuando se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria segunda de dicha ley. Entre tanto permanecerán en vigor los artículos 27, 34 y 198 de la Ley Concursal en la redacción anterior a la entrada en vigor de dicha Ley 17/2014, de 30 de septiembre.* Por tanto, las condiciones de acceso a la administración concursal continúan siendo las previstas tras la reforma de la legislación concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. La falta de desarrollo reglamentario impide la aplicación de las modificaciones posteriores introducidas por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre (que son las que armoniza, regulariza y aclara el texto refundido de la Ley Concursal, aunque su entrada en vigor tampoco pueda producirse hasta que se lleve a cabo ese desarrollo). El mero dato de que ese desarrollo no se haya producido ya da idea de las dificultades que concurren. Aunque, dado el tiempo transcurrido, no se justifica que el desarrollo de la administración concursal continúe pendiente; la relevancia y complejidad de las funciones que desarrollan estos profesionales debe desarrollarse en un marco jurídico seguro de acceso y

permanencia. Y esta prolongada falta de desarrollo es aún más insatisfactoria si tenemos en cuenta las reiteradas carencias y críticas que recibe el sistema aplicable. En este marco, resulta ya inaplazable abordar este desarrollo. La importancia de las funciones que desempeña en el concurso la administración concursal y la constatación de que es necesario que a ese cometido accedan profesionales especializados en insolvencia, plantea la necesidad de formular un sistema transparente y objetivo de acceso a la profesión de administrador concursal. Es evidente que en ese sistema de acceso jugará también un papel relevante el modelo de designación y conformación del órgano, pero más allá de las observaciones -positivas o negativas- que pueden trazarse por la relación entre esos factores, resulta inaplazable conformar ese sistema de acceso de forma objetiva y acreditable. En esa medida, la regulación del acceso de los profesionales a la administración concursal debe de recoger aquellas condiciones subjetivas que se han ido perfilando como imprescindibles para conferir a la administración concursal un estatus de profesión especializada en un ámbito tan complejo como el de la insolvencia. Condiciones subjetivas que, además, han de resultar acreditadas a través de un sistema definido, en el que la transparencia y objetividad prevalezcan. La correcta conformación del órgano no sólo asegurará que éste dispone de los conocimientos y experiencia necesarios para el desempeño del cargo, sino que procurará el marco idóneo para que el derecho de la insolvencia proyecte seguridad y confianza. Todo ello requiere algunas precisiones que resultan de la experiencia acumulada de los últimos años. En primer lugar, por la propia concepción del proceso concursal debe de requerirse una previa formación jurídica y económica de base -lo que exige la correspondiente titulación- que conforme la actividad profesional que se lleva a cabo. El concurso de acreedores es un proceso y el presupuesto objetivo del mismo el estado de insolvencia actual o inminente. Son, por tanto, los profesionales jurídicos y económicos (con la titulación que lo sustente y la acreditación profesional que corresponda) los que reunirían la primera condición subjetiva de acceso a la administración concursal. Por razones elementales, dichos profesionales deben acreditar una experiencia efectiva en el ámbito jurídico y económico en el que actúen profesionalmente. Esta primera condición supone que otros profesionales de otras disciplinas, cuya formación no sea jurídica y económica, no reunirían esta primera condición. Puede argumentarse

en contra de este criterio, pero lo cierto es que la apertura de la previa formación y experiencia efectiva a conocimientos distintos a los jurídicos y económicos suele constituir una reacción a un sector, el de las insolvencias, que tiende a considerarse endogámico. Y, es razonable, que por ello se prefiera una concepción aperturista. No obstante, parece preferible sostener que lo adecuado técnicamente es que la previa condición de acceso sea la formación jurídica y económica con experiencia efectiva, y derivar los aspectos de la profesión que puedan resultar más controvertidos a la determinación de un sistema definido -objetivo y contrastable- de especialización. Hay que tener en cuenta, además, que si se persigue -como debe perseguirse- la especialización en insolvencia, un criterio excesivamente aperturista frustraría esa especialización. En efecto, en segundo lugar, esos profesionales jurídicos y económicos deben estar especializados en insolvencia, es decir, poseer experiencia efectiva y tener formación específica concursal. En realidad, el binomio de la especialización debe ser a la inversa, al menos, en los casos de los profesionales que pretendan incorporarse por primera vez a la profesión de administrador concursal. Tendrán su correspondiente titulación, su experiencia profesional y añadirán la especialización concursal que será la que les permitirá acceder a la profesión y adquirir experiencia efectiva concursal. El caso, evidentemente, es distinto para quienes en los últimos años han adquirido ya experiencia efectiva concursal y han mantenido su especialización concursal. La cuestión nuclear que se plantea aquí es cómo regular la acreditación de esta especialización en un futuro que esperemos no esté demasiado lejano, superando con ello ese desarrollo reglamentario pendiente que se prolonga ya desde hace demasiado tiempo. Esta prolongada provisionalidad enfrenta ahora el obstáculo adicional de decidir si el sistema de acceso que se implante ha de diferenciar a los profesionales según la experiencia concursal efectiva que ya posean. A ello se añade la otra cuestión delicada: decidir la vía o vías que acrediten la especialización. Es decir, si esta condición de especialista es suficiente con acreditarla documentalmente (reportando los procesos concursales en los que ya se ha intervenido y aportando certificación de la formación específica que de forma continua se ha recibido); si no se considera suficiente la acreditación documental referida y sería necesaria adicionalmente una prueba específica de aptitud para el acceso; o, incluso, si en atención a los años de experiencia efectiva concursal bastaría la

acreditación documental que, por el contrario, con menos años no sería suficiente y exigiría esa adicional prueba específica de aptitud. Es obvio, que cualquiera de esas opciones -o, cualesquiera otras combinaciones que pudieran plantearse- tiene argumentos a favor y en contra. No hay obstáculos insalvables que impidan modificar el sistema y exigir ahora una prueba adicional de aptitud (en cualquiera de sus acepciones de competencias, suficiencia o idoneidad), ni tampoco para fijar un sistema *transitorio* que determine quienes ya, por su experiencia y especialización, pueden considerarse aptos y quienes, con menos experiencia y especialización, podrían acceder a través de esa prueba de aptitud. Dicho esto, las pruebas de aptitud “profesional”, por sí solas, para cumplir su cometido requieren un diseño y desarrollo que, habitualmente, generan más problemas de los que resuelven; o, al menos, las pruebas que se configuran como un examen (con el contenido que sea). No quiero decir con ello que dichas pruebas no resulten idóneas a este fin; lo son cuando su planteamiento cubre las competencias que se persiguen y, en puridad, la complejidad que puede plantearse en los procesos concursales convierte en un reto el diseño de una prueba de estas características. Por ello, el acceso -que también, la permanencia- se ha planteado desde hace tiempo en términos de alcanzar y mantener la especialización a través de la formación específica (y la experiencia concursal efectiva cuando ésta pueda acreditarse). Adentrarse en el ámbito de la formación concursal es, sin lugar a duda, un empeño complejo. Las consideraciones, observaciones, críticas y sospechas que han venido acompañando al desarrollo de la formación concursal son innumerables y de sobra conocidas. No se discute, en general, la conveniencia y preparación de numerosas instituciones y entidades para ofertarla y el derecho e idoneidad que concurren en quienes participan en ella. Pero, si se cuestionan con frecuencia las relaciones entre formación y designación y, un aspecto no menos importante, la formación tiene un coste que asume el profesional, de ahí que el sistema debe ser lo suficientemente equilibrado para conciliar la necesaria exigencia de formación especializada con diferentes opciones que la procuren. Sobre esas premisas, apostar por un sistema “rígido” de formación -en su acepción de no flexible- probablemente no resultaría una medida idónea. Ahora bien, si debe considerarse la idoneidad de un sistema de formación definido (término que prefiero al de reglado, por ser más omnicomprensivo) que opere respecto a todos

los intervinientes en la oferta formativa, asegurando que los destinatarios reciben la formación específica necesaria. Definición de los requisitos que deben concurrir en las instituciones y entidades que realicen las actividades formativas; en los medios y metodologías; y, en suma, en la formación, que no sólo debe alcanzar a los contenidos (en cuanto a la indicación de materias y número de horas acreditables), sino que debe dotarse de mecanismos que aseguren su seguimiento (la formación debe realizarse de forma efectiva) y evaluación (existen diferentes sistemas de evaluación que, en definitiva, son los que permitirían acreditar que el objetivo formativo se ha alcanzado). Una formación concursal definida procuraría la preparación especializada de los profesionales que accedieran a la administración concursal y eludiría las sombras que a menudo se proyectan en este ámbito. Lógicamente, ninguna formación definida alcanzará su objetivo si institucionalmente no se articula un sistema objetivo de comprobación y control de los requisitos exigidos y, en última instancia, de depuración de aquella formación que no se ajuste a los términos definidos. E, igualmente, tampoco se alcanzaría el objetivo si el acceso pudiera acreditarse por otras vías. En este sentido, esa formación definida debería ser la única idónea para adquirir la especialización que requeriría el acceso a la administración concursal, es decir, la única que la acreditaría. Especialización que debería ser exigible a todo profesional que pretenda acceder a la administración concursal (sin excepciones al modelo) y permanecer en ella. La formación especializada no debe limitarse a ser un requisito de acceso, sino que debe mantenerse -la formación continuada forma parte del desempeño profesional-. En definitiva, la concurrencia acreditada de las condiciones subjetivas sería la que permitiría, si se mantiene el modelo proyectado, solicitar la inscripción en el Registro público concursal. El nombramiento del administrador concursal se realizaría teniendo en cuenta las personas inscritas y, en su caso, la distinción entre concursos de tamaño pequeño, medio o grande (como indican los artículos 60 a 62 TRLC, no aplicables aún por la falta de desarrollo reglamentario). En todo caso, la especialización acreditada ha de ser el criterio que determine el nombramiento, sin perjuicio de que, como es evidente, pueden existir niveles diferentes de especialización y experiencia acreditada que puedan pautarse, en línea con la proyectada diferenciación entre concursos de tamaño pequeño, medio o grande. Un sistema definido de

condiciones subjetivas acreditadas, que aseguren la especialización y experiencia de los profesionales jurídicos y económicos que acceden a la administración concursal, debe formularse de forma coordinada con el modelo de nombramiento, que ha de preservar que, en todos los concursos de acreedores, se respeten y valoren objetivamente las condiciones de acceso de los profesionales especializados.

8. Los planes de reestructuración

Elemento central de los marcos de reestructuración preventiva son los planes de reestructuración, sobre los que la Directiva establece normas mínimas de contenido, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan exigir más explicaciones en el plan de reestructuración. Con independencia de quien solicite un procedimiento de reestructuración preventiva, se dispone que los Estados miembros velarán por que los deudores tengan derecho a presentar planes de reestructuración para su adopción por las partes afectadas y también podrán prever que los acreedores y los administradores en materia de reestructuración tengan derecho a presentar planes de reestructuración, fijando en qué condiciones podrán hacerlo. Teniendo en cuenta, además, que a lo largo de todo el procedimiento de reestructuración preventiva los trabajadores deben disfrutar plenamente de la protección del Derecho laboral, lo que en este ámbito incluye proporcionar a los trabajadores y a sus representantes la información referente a la propuesta de plan de reestructuración, a fin de permitirles efectuar una evaluación de las distintas posibilidades existentes, sin perjuicio de su participación en la medida que sea necesaria para satisfacer los requisitos de consulta previstos.

No resulta posible entrar, en este trabajo, en el detalle del contenido, adopción y efectos de los planes de reestructuración, por lo que la referencia a los mismos se limita a destacar algunas de sus características más importantes. En este sentido, como se indicaba, los planes de reestructuración tienen que contener para su adopción (art. 9 Directiva) o para su confirmación por una autoridad judicial o administrativa (art. 10 Directiva), como mínimo la información siguiente: *a) la identidad del deudor; b) los activos y pasivos del deudor en el momento de presentar el plan de reestructuración, incluido el valor de los activos, una descripción de la situación económica del deudor y de la situación de los*

trabajadores, y una descripción de las causas y del alcance de las dificultades del deudor; c) las partes afectadas, mencionadas individualmente o descritas por categorías de deuda de conformidad con la normativa nacional, así como sus créditos o intereses cubiertos por el plan de reestructuración; d) en su caso, las categorías en las que las partes afectadas han sido agrupadas a efectos de la adopción del plan de reestructuración y los valores respectivos de los créditos e intereses de cada una de las categorías; e) en su caso, las personas, mencionadas individualmente o descritas por categorías de deuda de conformidad con la normativa nacional, que no estén afectadas por el plan de reestructuración, junto con una descripción de los motivos por los cuales se propone que no lo estén; f) en su caso, la identidad del administrador en materia de reestructuración; g) las condiciones del plan de reestructuración, incluidas en particular: i) cualquier medida de reestructuración propuesta (...), ii) en su caso, la duración propuesta de las medidas de reestructuración propuestas, iii) las disposiciones en materia de información y consulta de los representantes de los trabajadores, con arreglo al Derecho de la Unión y nacional, iv) en su caso, las consecuencias globales para el empleo, como despidos, acuerdos sobre jornadas reducidas o medidas similares, v) los flujos financieros estimados del deudor, si está previsto en la normativa nacional, y vi) toda nueva financiación prevista como parte del plan de reestructuración y los motivos por los cuales es necesario aplicar dicho plan; h) una exposición de motivos que explique por qué el plan de reestructuración ofrece una perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor y de garantizar la viabilidad de la empresa, junto con las condiciones previas necesarias para el éxito del plan. Los Estados miembros podrán requerir que se efectúe o se valide dicha exposición de motivos por un experto externo o por un administrador en materia de reestructuración si hubiera sido nombrado. A partir de ahí, se añade que los Estados miembros facilitarán en línea una lista de comprobación completa para los planes de reestructuración, que esté adaptada a las necesidades de las pequeñas y medianas empresas. La lista de comprobación incluirá directrices prácticas sobre la manera de redactar el plan de reestructuración de conformidad con la normativa nacional. La lista de comprobación se facilitará en la lengua o lenguas oficiales del Estado miembro. Los Estados miembros estudiarán facilitar la lista de comprobación en al menos

otra lengua, en particular una lengua utilizada en las transacciones comerciales internacionales.

De las reglas y condiciones establecidas para la presentación, adopción, protección, efectos y recursos ante un plan de reestructuración preventiva -que el articulado de la Directiva desarrolla con detalle, equilibrando previsiones obligatorias y otras que pueden modular o ampliar los Estados- sólo cabe destacar en esta sede el relativo a las “partes afectadas” y el referido a la “prueba del interés superior de los acreedores”.

El concepto de “partes afectadas” se refiere a *los acreedores, incluidos, cuando proceda con arreglo a la normativa nacional, los trabajadores o las categorías de acreedores y, cuando proceda con arreglo a la normativa nacional, los tenedores de participaciones cuyos créditos o intereses respectivamente se vean directamente afectados por un plan de reestructuración.* El objetivo es que los planes de reestructuración puedan adoptarse sin perjudicar injustamente los derechos de las partes afectadas, lo que reenvía a las reglas para la adopción de acuerdos, de manera que se prevé que éstas deban ser tratadas en categorías separadas de acuerdo con los criterios para clasificar las diferentes categorías fijados por la normativa nacional. La clasificación en categorías significa el agrupamiento de partes afectadas con el propósito de adoptar un plan de modo tal que refleje sus derechos y la prelación de sus créditos e intereses. Sobre esa base, como mínimo, se señala que los acreedores con y sin garantía deben ser tratados siempre como categorías diferentes, aunque los Estados deben poder exigir que se formen más de dos categorías de acreedores, en particular categorías diferentes de acreedores con y sin garantía y categorías de acreedores con créditos subordinados. Además, los Estados también deben poder tratar en categorías separadas los tipos de acreedores que carezcan de comunidad de intereses suficiente, como las administraciones tributarias o de seguridad social y deben poder disponer que los créditos garantizados puedan dividirse en partes garantizadas y no garantizadas sobre la base de la valoración de las garantías. Asimismo, los Estados deben poder establecer normas específicas que faciliten la clasificación en diferentes categorías cuando los acreedores no diversificados

o especialmente vulnerables, como los trabajadores o pequeños proveedores, puedan disfrutar de esa clasificación por categorías.

Por su parte, la “prueba del interés superior de los acreedores” se define en la Directiva como aquella que *se supera si se demuestra que ningún acreedor disidente se vería perjudicado por un plan de reestructuración en comparación con la situación de dicho acreedor si se aplicase el orden normal de prelación en la liquidación según la normativa nacional, tanto en el caso de liquidación de la empresa, ya sea mediante liquidación por partes o venta de la empresa como empresa en funcionamiento, como en el caso de la mejor solución alternativa si no se hubiese confirmado el plan de reestructuración*. Conforme a esa definición, se estima que los Estados deben poder elegir uno de esos dos umbrales al aplicar la prueba del interés superior de los acreedores en la normativa nacional. Esta prueba ha de aplicarse, en todo caso, cuando deba confirmarse un plan a fin de que sea vinculante para los acreedores disidentes o, según los casos, categorías de acreedores disidentes. Como consecuencia de la prueba del interés superior de los acreedores, cuando los acreedores públicos institucionales tengan un estatuto privilegiado con arreglo a la normativa nacional, los Estados miembros pueden establecer que el plan no pueda imponer una cancelación total ni parcial de los créditos de dichos acreedores.

En fin, pensando en una posterior insolvencia del deudor, las previsiones sobre reestructuración preventiva también persiguen garantizar la adecuada protección de la nueva financiación -toda nueva ayuda financiera prestada por un acreedor existente o un nuevo acreedor para llevar a cabo un plan de reestructuración e incluida en dicho plan de reestructuración- y de la financiación provisional -toda nueva ayuda financiera, prestada por un acreedor existente o un nuevo acreedor, que incluya, como mínimo, ayuda financiera durante la suspensión de las ejecuciones singulares, y que sea razonable y sea necesaria inmediatamente para que la empresa del deudor pueda continuar operando o con el fin de preservar o mejorar el valor de dicha empresa-. Dicha protección también se extiende a aquellas operaciones que sean razonables y necesarias inmediatamente para la negociación de un plan de reestructuración, en cuanto no puedan ser declaradas nulas, anulables o inejecutables por el motivo de que dichas operaciones sean perjudiciales para el conjunto de los

acreedores, a no ser que concurren otros motivos adicionales establecidos en la normativa nacional. Aunque las previsiones de protección se establecen con respecto a una posible insolvencia futura del deudor, lo cierto es que difícilmente se tendrá acceso a esa financiación u operaciones en una reestructuración si no se contemplan medidas de protección a futuro de las mismas, en un ulterior procedimiento de insolvencia. Ello no significa, no obstante, que cualquier nueva financiación u operación pueda quedar protegida a futuro -especialmente, frente a una acción revocatoria- sino que subyace en la Directiva que esta protección sólo se extienda a la razonable e inmediatamente necesaria para alcanzar los objetivos de una reestructuración preventiva, sin desconocer que obtener esa financiación o esas operaciones en supuestos de deudores con dificultades financieras requiere incentivos y protección.

III. BIBLIOGRAFÍA

AHEDO PEÑA, O. “Marcos de reestructuración preventiva: regulación”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.

BELTRÁN, E. “La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, págs. 29-52; Id. “Insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia cualificada, en Sarcina/García-Cruces (*a cura di*), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa (profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto)*, Cacucci Editore, Bari, 2008, págs. 51-71.

DÍAZ MORENO, A. “Socios, planes de reestructuración y capitalización de créditos en la Directiva (EU) 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 49, 2020, págs. 7-64.

ETXARANDIO HERRERA, E. “Marcos de reestructuración preventiva: vectores ideológicos”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.

FLORES SEGURA, M. “La prueba del interés superior de los acreedores”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 318, 2020.

GARCIMARTÍN, F.J. “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*, núm. 43, 2018, págs. 11-38.

GÓMEZ ASENSIO, C. “La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, 2020, págs. 472-511.

HERBOSA MARTÍNEZ, I. – ARENAS ALEGRÍA, C.C. “La Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: su repercusión sobre las pequeñas y medianas empresas (PYMES)”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.

HUERTA VIESCA, M^a.I. “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 *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* (Andrés Sáenz de Santamaría, Coord.), Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2019, págs. 573-588.

LADO CASTRO-RIAL, C. “Líneas esenciales de la Directiva”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.

ROJO, A. “La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 42, 2017, págs. 99-111.

TAPIA HERMIDA, A.J. “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*, núm. 89, 2021; id. “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*, núm. 9793, 2021.