

JORGE  
VIERA

Consultant.  
Herbert Smith Freehills Spain



La transposición de la *Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva*, va a reabrir (o intensificar) un debate que, en realidad, siempre ha estado presente en la regulación de las sociedades mercantiles que limitan la responsabilidad de los socios: la tutela de los acreedores en empresas en una situación próxima a la insolvencia. Sin embargo, la ponderación de intereses y, por consiguiente, los fines de política jurídica y la técnica jurídica cambian radicalmente.

Más allá de las implicaciones conceptuales, el desplazamiento de la tutela de los acreedores desde el Derecho de sociedades al nuevo Derecho Paraconcursal supone, al menos en la *Directiva 2019/1023*, situar los intereses de los acreedores en el centro del debate, si no de forma exclusiva sí al menos, de forma preponderante sobre los intereses de los propietarios (los socios).

# Intereses de acreedores e intereses de socios en el nuevo Derecho Paraconcursal

La Exposición de Motivos, más expresiva que el propio articulado de la *Directiva*, no deja apenas margen a la discusión cuando afirma «[l]a eficacia del proceso de adopción y ejecución del plan de reestructuración no debe verse comprometida por el Derecho de sociedades». Se recurre a un eufemismo porque lo que late detrás de esta expresión no es la falta de idoneidad del Derecho de sociedades para propiciar marcos de reestructuración temprana en interés y protección de los acreedores de la sociedad, sino la clara preferencia del legislador en favor de los intereses de los acreedores por delante de los intereses del capital.

## La difusa zona de la paraconcursalidad

Se parte de la premisa de que, desde el momento en que se inicia un proceso de refinanciación, la sociedad puede dejar de ser de los socios y pasar a ser de los acreedores y todo ello se justifica porque el valor de los créditos de los acreedores (deuda) es superior al crédito residual de los socios (capital aportado). Pero cuando nos movemos en esa *difusa zona* de la paraconcursalidad, es porque las empresas son todavía viables. Y aquí surge una de las principales dificultades

del futuro proceso de transposición: discernir cuándo comienza «la probabilidad de insolvencia» como presupuesto objetivo para la solicitud de una refinanciación forzosa por los acreedores y cuándo todavía los socios pueden acordar la disolución societaria ex art.368 LSC, porque en el ámbito jurídico societario el único límite material de tal acuerdo es el ejercicio abusivo del derecho, porque ningún deber de fidelidad obliga al socio mayoritario ni frente a la sociedad ni frente a los socios ni terceros acreedores a seguir financiando un proyecto empresarial en el que ya no se cree.

Estas dificultades ya informan de la conveniencia de coherencia la perspectiva de política jurídica paraconcursal con la societaria para poder detectar con un mínimo de seguridad jurídica (y de legitimidad constitucional), las zonas a las que no alcanza esta y que deben ser cubiertas por aquella. Si una empresa es apta para ser refinanciada, es porque tiene un valor económico que se situará entre el que tiene una empresa a pleno funcionamiento (sin riesgos de insolvencia en un razonable medio plazo) y una empresa inviable económicamente que debe ser eliminada del mercado lo más pronto posible.

Admitido esto, es claro que en la paraconcursalidad no se produce una contraposición de intereses entre acreedores y socios porque el rescate de la sociedad permitirá a unos y a otros recuperar sus créditos. Por eso en nuestra doctrina se insiste en que los procesos de reestructuración son una «comunidad de sacrificios» (insita en la idea de «desproporcionalidad de sacrificios» de la Disposición Adicional Cuarta de la todavía vigente Ley Concursal). Si la sociedad remonta sus dificultades financieras y vuelve a dar beneficios, es obvio que todos ganan. Por tanto, mientras la empresa es viable económicamente, lo razonable, lo justo, es que tanto los acreedores como los socios, participen de ese valor que tiene la empresa en reestructuración. Por esto cuesta entender la indisimulada preferencia de los intereses de los acreedores sobre los del capital en la *Directiva 2019/1023*, como se pone de manifiesto con la imposición de los planes de reestructuración contra la voluntad de los socios o con el conjunto de medidas para propiciar el tránsito *debt to equity swap*, o, en fin, con la sustitución de la voluntad de la junta general por la del órgano de administración en relación con las medidas a adoptar cuando se

produzca una pérdida grave del capital, por citar los tres que nos parecen más relevantes.

## Una norma de mínimos

Concedor de estas dificultades, el legislador europeo ha tenido la prudencia de configurar la *Directiva* como una norma de mínimos, lo que, desde luego, condicionará mucho el grado de armonización que se logre con la misma, pero al menos, permitirá que el debate de política jurídica se plantee en cada Estado miembro sin el condicionamiento de la obligación de transposición. Esta cautela debe aplaudirse porque nos encontramos ante una reforma que podría tener una enorme repercusión si finalmente triunfan las posiciones más paraconcursoales. La opción por la imposición de un plan de reestructuración solo puede estimarse como una medida razonable y proporcionada si la misma se justifica a priori en un potencial conflicto de intereses, lo que no parece tarea sencilla dada la dificultad misma para definir cuál es el presupuesto objetivo que permite poner en marcha un proceso de reestructuración forzosa y las implicaciones que la ejecución del mismo puede llegar a tener en el Derecho de propiedad de los socios.

JAVIER  
MATA

Socio sénior de Andersen



Después de casi 20 años de ley concursal, el legislador sigue considerando, y no lo remedia, que el concurso tiene un cierto componente sancionador y solo ha puesto un supuesto remedio coyuntural y temporal.

Durante 2020, la persona o la empresa que no pueda cumplir sus obligaciones exigibles, no tiene la obligación de presentar concurso de acreedores sin el temor de que el concurso se declare culpable por una solicitud tardía. Es tentador esperar.

Entre tanto, si no desaparecen las circunstancias que han motivado la insolvencia, la situación económica del insol-

# Volvamos a los beneficios del concurso

vente se irá agravando y cuando llegue el 1 de enero de 2021, a pesar de no pagar el pasivo exigible durante el largo 2020, es más que posible –seguro– que el concurso solo será el acta de defunción.

Esa previsión legislativa servirá de poco en cuanto los acreedores, legítimamente, inicien acciones judiciales en reclamación de sus créditos. Sólo un expediente preconcursoal o concursual será capaz de paralizar embargos y ejecuciones y de ordenar una negociación entre acreedores y deudor para la solución de los pasivos.

A pesar de los beneficios del expediente preconcursoal o concursual, existe un importantísimo número de empresas (especialmente pymes) que «huyen» del ámbito concursual a pesar de estar en situación de insolvencia.

Y uno de los motivos eficientes de esa huida es el temor a las consecuencias de la calificación del concurso.

## Acudir a los remedios ordinarios

Mi propuesta es sacar la calificación del expediente concursual. Está en

él por una rémora histórica que nace del viejo concepto de la «prisión por deudas» del Derecho Romano, acogida en el viejo sistema de quiebras –el arresto del quebrado– y matizada, primero, en la Ley de Suspensión de Pagos y después en la Ley Concursal.

La sección de calificación, de clara naturaleza sancionadora y cuasi penal, ¿sirve a los intereses del concurso? En mi criterio, no. Su objetivo principal (reconstruir la masa activa) se puede obtener por otras vías y, además, ha sido claramente inefectiva como medio para reconstruir la masa que, por otro lado, tiene su remedio natural en las acciones de reintegración.

Si la administración concursual o cualquier acreedor tiene agravios frente a los administradores, liquidadores o, incluso, socios de la empresa concursada, podría acudir, pero fuera del concurso, a los remedios ordinarios; (1) acciones de responsabilidad de administradores que durante el concurso solo puede ejercitar la administración concursual; (2) acciones civiles sobre

responsabilidad contractual o extracontractual; (3) acciones penales por delito contable o insolvencia punible.

La sección de calificación produce distorsiones en el concurso en aquellos casos en que, por el escaso activo o su nulo valor liquidativo, es más gravoso –en tiempo y en coste– tramitarlo, que el resultado que se vaya a obtener para los acreedores.

Impide su conclusión, salvo que la administración concursual sea audaz, investigue los patrimonios de los posibles afectados por la calificación y razone al juzgado que la calificación será inefectiva.

Teniendo en cuenta el tejido empresarial mayoritario en España (empresas de servicios y de pequeño tamaño, donde sus socios y administradores –por vía de aval– devienen también insolventes), esta situación es harto frecuente.

## Liquidación desordenada

El temor a la calificación condiciona la presentación de muchos

concurso de acreedores. Es la causa de la liquidación desordenada de miles de empresas que tendrían posibilidades de sobrevivir mediante un concurso estratégicamente orientado a alcanzar un convenio, de forma simultánea a la puesta en marcha de las necesarias medidas de gestión empresarial bajo el «paraguas» protector del concurso.

Pero la conciencia de haber llevado una contabilidad poco ortodoxa o la realización previa al concurso, por mero instinto de supervivencia, de operaciones que llevarán a una calificación culpable del concurso, hace que se prefiera asumir el riesgo de liquidar de facto la empresa.

Debemos volver al clásico concepto del «beneficio» del expediente concursual y para ello se debe extraer del proceso universal cualquier componente sancionador, dejando como residual la intervención judicial en un expediente que debe tener una solución empresarial y técnica.

## TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL (DÚO)

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo



**AUTOR/ES:** Departamento de Contenidos Aranzadi  
**MARCA:** Aranzadi. **COLECCIÓN:** Código Básico Prof. **PÁGINAS:** 350  
**ENCUADERNACIÓN:** Rústica

Este Código Aranzadi incluye el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que derogará la vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) y algunas, aunque no todas, de sus disposiciones adicionales y finales. La obra cuenta con un detallado índice analítico, que facilita un ágil acceso a sus artículos.

PVP DÚO C/IVA: **23,16 €**  
PVP PROVIEW C/IVA: **15,79 €**  
CM: 10016391. ISBN: 978-84-1345-131-2

PAPEL + EBOOK  
INCLUIDO EN EL PRECIO

the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**

INFÓRMATE EN:  
masinfo@thomsonreuters.com • www.thomsonreuters.es/es/tienda.html