

María Jesús Peñas Moyano (Coord.)



**ESTUDIOS DE DERECHO DE SOCIEDADES
Y DE DERECHO CONCURSAL**

Libro en homenaje al profesor
Jesús Quijano González

Universidad de Valladolid

Serie: DERECHO, 62

Estudios de derecho de sociedades y de derecho concursal : libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González / María Jesús Peñas Moyano (coord.). – Valladolid : Ediciones Universidad de Valladolid, 2023

922 p. ; 30 cm. – (Derecho ; 62)
ISBN 978-84-1320-222-8

1. Quijano González, Jesús (1951-) – Discursos, ensayos, conferencias
2. Concurso de acreedores – Derecho 3. Sociedades – Derecho I. Peñas Moyano, María Jesús, coord. II. Quijano González, Jesús (1951-) III. Universidad de Valladolid, ed. IV. Serie

347.7(042)Quijano

EL INESPERADO INTERÉS DE LA EMPRESA Embid Irujo, José Miguel	239
LA REESTRUCTURACIÓN EN SEDE CONCURSAL: EL CONVENIO Enciso Alonso-Muñumer, María	251
LAS CLÁUSULAS DRAG ALONE Y TAG ALONE COMO FRENO A POSIBLES CONDUCTAS ABUSIVAS DE LOS SOCIOS Esteban Ramos, Luisa María	265
ALGUNOS PROBLEMAS DE POLÍTICA JURÍDICA Y DE DERECHO VIGENTE EN EL DEBATE SOBRE EL GOBIERNO CORPORATIVO SOSTENIBLE Esteban Velasco, Gaudencio	277
IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES NEGATIVOS Farrando, Ignacio	287
PRESUPUESTOS Y EFECTOS DE LA APERTURA DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL ESPECIAL DE LAS MICROEMPRESAS Fernández Pérez, Nuria	299
LOS DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES EN LA PROXIMIDAD DE LA INSOLVENCIA. BREVE APUNTE A LA LUZ DE LA NUEVA LEY CONCURSAL Fernández Torres, Isabel	311
LA INFORMACIÓN TRANSFRONTERIZA SOBRE ADMINISTRADORES INHABILITADOS A PARTIR DE LA DIRECTIVA 2019/1151 DE DIGITALIZACIÓN Fuentes Naharro, Mónica	325
OPERACIONES SOBRE ACTIVOS ESENCIALES Gallego Sánchez, Esperanza	349
CUESTIONES SOBRE EL ÁMBITO OBJETIVO DEL NUEVO RÉGIMEN DE OPERACIONES VINCULADAS García de Enterría, Javier	369
LA PRECONCURSALIDAD EN EL ÁMBITO DE LA REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL González Pachón, Laura	383
LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS ADMINISTRADORES POR PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS: UN POLIEDRO NORMATIVO Herrero Suárez, Carmen	391
EL PARADIGMA DE LOS FONDOS DE BÚSQUEDA (SEARCH FUNDS) Hierro Anibarro, Santiago	407
LA JUNTA DE SOCIOS Y LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN EN EL DERECHO PROYECTADO Juste Mencía, Javier	415
LA JUNTA GENERAL UNIVERSAL León Sanz, Francisco José	427
REFLEXIONES SOBRE LA RELACION ENTRE EL DERECHO DE LA UNION EUROPEA Y EL DERECHO INTERNO DE LOS PAISES MIEMBROS Leş, Ioan	445
LA CONSTITUCIÓN TELEMÁTICA DE SOCIEDADES MERCANTILES: OPCIONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA Madrid Parra, Agustín	459
LA TRANSACCIÓN DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN Marín de la Bárcena, Fernando	473

LA PRECONCURSALIDAD EN EL ÁMBITO DE LA REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

LAURA GONZÁLEZ PACHÓN
Profesora Contratada Doctora
Universidad de Valladolid

1. LA INCORPORACIÓN DE MECANISMOS PRECONCURSALES EN EL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL

1.1. Planteamiento general

Con el presente estudio se realiza una aproximación a la *preconcurzalidad*¹ en el ámbito del Derecho español a la luz de la última reforma practicada en el Derecho concursal desde la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de ma-

¹ Vaya por delante una aclaración terminológica en relación con la denominación de la preconcurzalidad. El prefijo “pre” significa en el Diccionario de la Lengua Española, anterioridad local o temporal, prioridad o encarecimiento. Aplicado al concurso, se habla de preconcurzalidad, en otras ocasiones de preinsolvencia o de precrisis y en el ámbito del Derecho comparado para referirse a situaciones previas a la crisis de las empresas se alude, por ejemplo, a *entreprises en difficulté* o *financial distress*. La confusión a que puede dar lugar el empleo de este término, en el sentido de que puede entenderse que es previo necesariamente al concurso, se encuentra en conexión con el ámbito dentro del cual se mueve la preconcurzalidad. En efecto, la dificultad para establecer a partir de qué momento concreto una empresa deja de estar en situación de plena solvencia para pasar a este estado preconcurzal, de precrisis o preinsolvencia, reviste una complejidad tal que ni el Derecho ni la Economía pueden precisar con exactitud la separación entre uno y otro estado. En este sentido se han de destacar las reflexiones de Olivencia Ruiz, M (2015), «Concurso y precurso», *RDCP*, nº 22, pP.19 al decir que «la expresión literal cubre tanto el período que precede a la declaración de concurso como aquel en que ésta se prevé y tiende a evitar. Quizás hubiese sido más correcto gramaticalmente designar al segundo período con el prefijo *para-*, que es el que se utiliza en el título de nuestra *Revista* (refiriéndose a la *RDCP*)»; *vid.* también, en relación con la confusión a que puede inducir el uso de la expresión “Derecho preconcurzal”, Fernández del Pozo, L (2010), «El régimen jurídico preconcurzal de los «acuerdos de refinanciación» (d.ad. 4ª LC). Propuesta de reforma legislativa», *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, pp. 18 y 19, quien precisaba sobre este punto que «la expresión «Derecho preconcurzal» es equívoca. Dice poco de su contenido: sólo contiene una doble referencia al aspecto temporal del diagnóstico y al tratamiento de la “precrisis”».

yo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLC).

Conviene apuntar que un Derecho concursal que desatiende la regulación de la preconcurzalidad o la prevención de la insolvencia empresarial, hace que su normativa concursal se limite, casi exclusivamente, a disciplinar jurídicamente la liquidación colectiva del patrimonio del deudor común.² Fue precisamente la falta de una regulación preconcurzal uno de los principales defectos de la Ley concursal 22/2003, de 9 de julio (en adelante LC) al menos en su redacción originaria que, sin embargo, el TRLC sí contempló por primera vez en su Libro segundo.³

No obstante, reconocida la necesidad de regular la preconcurzalidad, no sólo en el ordenamiento jurídico español sino también en el ámbito del Derecho comparado, lo cierto es que la existencia de un estado previo a la dificultad económica de

² Ya se manifestaba en estos términos, Fernández del Pozo, L. (2001) *Posibilidad y contenido de un Derecho Preconcurzal. Auditoría y prevención de la crisis empresarial (art.209.1 b)*, Madrid, pág.9; también Sánchez-Calero Guilarte, J, (2014) «Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, auditoría, contenido y responsabilidad», *RDCP*, nº22, pág.60, para quien «a partir de la evidencia empírica, que en nuestro modelo de la insolvencia se está deslizando hacia la refinanciación como una solución reservada a empresas viables mientras que el concurso se ha convertido en un genuino cementerio empresarial al que llega una abrumadora mayoría de sociedades insolventes. Una situación que provoca algunas dudas acerca de la aptitud de la LC para facilitar soluciones efectivas a la insolvencia».

³ *Cfr.* Informe sobre el Anteproyecto de Ley Concursal. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 10 de octubre de 2001, al señalar que «llama poderosamente la atención el hecho de que los autores del anteproyecto no hayan tenido en cuenta las múltiples propuestas prelegislativas que, para la prevención de la crisis, se han formulado en algunos Ordenamientos jurídicos más significativos, así como tampoco aquellas normas que se han introducido en algunos Derechos con esta específica finalidad». También, *cfr.* Informe del Consejo General de la Abogacía sobre el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la Ley Concursal, de 16 de diciembre de 2001.

empresas y deudores profesionales se resiste a una concreta definición jurídica⁴. En este sentido, se ha afirmado que la prevención de las crisis empresariales es una materia que presenta un carácter interdisciplinar, de naturaleza económica y jurídica, para cuyo tratamiento debe partirse de la inexistencia de una *teoría general sobre las causas de las crisis económicas*.⁵

Con todo y en orden a ofrecer una definición del significado de esta parcela del Derecho, se podría afirmar que el Derecho preconcursal al que nos venimos refiriendo, estaría integrado por *todas aquellas normas e instituciones que tienen por presupuesto de hecho la situación anterior a la crisis y por fin específico la prevención de esta*, aunque en ocasiones se reconozca también la posibilidad de remoción de la insolvencia para el caso de que se manifieste en una fase preconcursal.⁶

Así entendido, el Derecho preconcursal debería procurar, en primer lugar, una detección o diagnóstico preventivo de las dificultades económicas por las que esté atravesando la empresa, la adopción de las medidas necesarias para de una parte inhibir la insolvencia y, de otra parte, sanear tempestivamente las dificultades económicas siempre que ello sea posible. Ahora bien, sólo se conciben los mecanismos propios de este Derecho de la preinsolvencia en relación con el patrimonio del deudor que sea *susceptible de recupe-*

ración económica.⁷ No tendría sentido el planteamiento de estos mecanismos cuando la insolvencia sea actual e irreversible, de manera que su recuperación económica no resulte viable quedando, por tanto, en el ámbito del proceso concursal el tratamiento de esta insolvencia.

1.2. La preconcursalidad en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio

Como es sabido, el sistema concursal configurado en virtud de la redacción originaria de la LC de 2003 carecía de instituciones que regulasen la preconcursalidad. Al margen de la normativa societaria⁸, al menos desde un punto de vista estrictamente jurídico-concursal, esta carencia fue suplida mediante el establecimiento por una parte, de un *período sospecho* de dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, *período preconcursal* que puesto en relación con el presupuesto objetivo de la insolvencia, permitió ejercer un control sobre hechos reveladores de la misma, así como sobre las actuaciones del deudor que pudieron resultar decisivas en cuanto a la calificación del concurso se refiere y, de otra parte, mediante la incorporación en la redacción originaria de la LC de la *propuesta anticipada de convenio* que aunque inserta dentro del procedimiento concursal, en ausencia de una regulación preconcursal, vino cumpliendo algunas de las funciones asignadas a institutos preconcursales al ser configurada como una manifestación de una suerte de *judicialización de los convenios extrajudiciales*.⁹

⁴ Así, Enciso Alonso-Muñumer, M. (2007) *La judicialización de los convenios extrajudiciales*, monografía núm. 6, asociada a la RDCP, Madrid, pág. 23 comentaba que «la prevención de las crisis económicas empresariales constituye una materia compleja con componentes de diversa naturaleza jurídicos y económicos, que tradicionalmente ha venido planteando problemas de técnica y política legislativa»; en el mismo sentido, en relación con legislaciones concursales comparadas, Pulgar Ezquerro, J (2012) «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación» en AA.VV., *El concurso de acreedores*, Pulgar Ezquerro (dir.), Madrid, pp.46 y 47, «al abordar en algunos ordenamientos desde un punto de vista jurídico, particularmente a partir de los años ochenta, el tratamiento de la prevención de las crisis económicas no parte de aproximaciones económicas a los índices reveladores de crisis, planteándose la necesidad de su delimitación jurídica lo que, como puede presumirse y como acontecía en el ámbito económico, no está exento de dificultades».

⁵ Así, *vid.* Pulgar Ezquerro, J (2012), *Preconcursalidad... op. cit.* pág. 45; también Enciso Alonso-Muñumer, M (2007), *op. cit.* pág. 23.

⁶ *Vid.* en estos términos, Fernández del pozo, M (2010), «El régimen jurídico preconcursal de los “acuerdos de refinanciación” (DA 4.ª LC). Propuesta de reforma legislativa», *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid. No obstante, téngase en consideración que al menos en relación con los convenios amistosos preventivos de insolvencia que persiguen la remoción de la insolvencia una vez que ésta ya se ha manifestado y no tanto un tratamiento preventivo de ésta, resultan cuanto menos cuestionables,

⁷ *Vid.* Sánchez Calero-Guilarte, J (2014) «Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, auditoría, contenido y responsabilidad», RDCP, nº22, pág.60, para quien «la nueva normativa apunta al saneamiento financiero y a la reestructuración de la deuda, de forma que «la empresa siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico generando riqueza y creando puestos de trabajo». Sólo en relación con esas empresas tiene sentido un proceso de refinanciación y, en consecuencia, es sólo con respecto a ellas como procede aplicar las medidas de tutela que para el deudor y sus acreedores financieros derivan de la disciplina de los acuerdos de refinanciación».

⁸ Las medidas de protección del capital social, junto con la actuación de los auditores, a través del informe de auditoría y los mecanismos de publicidad legal a través del Registro Mercantil, permiten combatir eficazmente los problemas de información no simétrica entre los distintos acreedores, administradores e incluso el deudor. Como es sabido, las conductas escasamente cooperativas que surgen en este estado, cuya dimensión aumenta a medida que se aproxima la insolvencia, podrían verse reducidas al coordinarse con institutos preconcursales establecidos en nuestro ordenamiento concursal al menos desde la reforma de 2009.

⁹ *Vid.* sobre el particular el interesante trabajo de Enciso Alonso Muñumer, M (2007), *La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, Monografía asociada a la RDCP, nº6. También, Olivencia

Ahora bien, el interés del legislador en una solicitud temprana del concurso, en aras de alcanzar una solución conservativa del mismo, propiciada además mediante diversos estímulos para que fuera el deudor quien solicitara el concurso chocaba, sin embargo, con el renovado interés por las soluciones preconcursales, en particular en relación con los acuerdos de refinanciación incorporados en nuestro ordenamiento jurídico a propósito de la reforma de la LC en virtud del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica¹⁰.

En efecto, en un intento de profundizar en la promoción de la que podríamos llamar *desjudicialización del Derecho concursal*, el legislador se ocupó por vez primera de estos acuerdos de refinanciación de deuda preconcursales de carácter extrajudicial, principal novedad concursal en el art. 8 del citado RDL que lleva por título “Reintegración de la masa y acuerdos de refinanciación” donde su apartado tercero incorporaba la conocida D.A. 4ª en la LC. A partir de este momento tanto los acuerdos de refinanciación como la rescisión concursal tendrían una nueva regulación que permitió la entrada en el Derecho concursal español de una desjudicialización de una parte de sus institutos concursales, así como de una prevención como vía de resolución de la crisis económica del deudor común.

No encontramos una definición legal de estos acuerdos de refinanciación en el RDL de 2009 como primera manifestación de la regulación de un instituto preconcursal en el Derecho español. En todo caso, la D.A. 4ª añadida a la LC proclamaba que, “tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la am-

pliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas”.

La limitada extensión de este trabajo impide analizar las sucesivas e importantes modificaciones que ha experimentado la LC y los acuerdos de refinanciación a la luz principalmente de las reformas de los años 2011, 2013, 2014 y 2015.

1. 3. La regulación de la preconcursalidad en el Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal

Una de las últimas reformas de la LC, antes de iniciarse la crisis del Covid-19 y las reformas asociadas a la misma, fue la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que habilitó al Gobierno para aprobar un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio en un plazo de doce meses a contar desde la entrada en vigor de dicha ley. La autorización incluía la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que debieran ser refundidos. Pues bien, finalizado este plazo, fue la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, cuya disposición final tercera habilitó un nuevo plazo para aprobar un texto refundido a propuesta del Ministerio de Justicia y del entonces denominado de Economía y Empresa.

Ciertamente una regularización, aclaración y armonización de la legislación concursal era necesaria, las más de veinticinco reformas de la LC así lo confirmaban. No obstante, la urgencia en su aprobación, el día 7 de mayo de 2020 y la de su entrada en vigor, el 1 de septiembre de 2020, resultó repentina dado el contenido afectado y la situación de crisis sanitaria- y económica- en la que nos vimos inmersos. Así las cosas, la nueva ley tuvo que convivir con las medidas adoptadas a raíz de la pandemia del Covid-19, resultando previsibles contradicciones de interpretación jurídica. En este sentido, hubiera sido deseable una *vacatio legis* mayor que permitiera, un estudio más detallado del TRLC por parte de todos los operadores económicos y jurídicos antes de su entrada en vigor, al tiempo que, observar la evolución económica ante la crisis del Covid-19 y las necesidades que pudieran surgir de la misma¹¹. Seguramente hubo tam-

Ruiz, M (1999) «Suspensión de pagos y quiebra en el Código de Comercio» en AA. VV *Centenario del Código de Comercio*, vol. I. (dir. Menéndez), Madrid, pp. 383 y 384, pág. 12, para el autor la propuesta anticipada de convenio sin ser una figura «preconcursal», se trata más bien de un instrumento para «judicializar» los acuerdos extrajudiciales y encauzarlos hacia un convenio concursal.

¹⁰ No se trataba de una gran reforma o reforma global, ya que tal y como se recogía en su Preámbulo: «La evolución de la crisis económica global y su impacto en la economía española hacen necesaria una rápida reacción legislativa para adecuar a la nueva situación algunas de las normas que inciden directamente sobre la actividad empresarial, así como para seguir impulsando la superación de la crisis mediante el fortalecimiento y la competitividad de nuestro modelo productivo». A esta reforma de la LC le siguió, apenas unos meses después la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, una reforma de la legislación procesal que afectó también al procedimiento concursal.

¹¹ En esta línea, en el año 2020 se alcanzaron en la fase sucesiva un total de 1.805 concursos, una cifra inferior a la registrada en 2019 (2.067), 2018 (2.316), 2017 (2.506), 2016 (2.975) y 2015 (3.701). Se percibe por tanto una importante reducción de la actividad concursal en la producción de docu-

bién algo de fallo de oportunidad habida cuenta que en un plazo de un año ya era necesaria la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 que en relación con los acuerdos de refinanciación y, especialmente en el ámbito de la financiación nueva, introducía importantes modificaciones.

Por último, si nos fijamos en el apartado II de la Exposición de Motivos del TRLC el legislador admite —seguramente adelantándose a posibles críticas— que en la elaboración de este Libro II, y en particular en el Título II sobre los acuerdos de refinanciación, es donde los límites de la refundición son más patentes y ello debido a que la delegación recibida para *aclarar* no es delegación para *reconstruir* sobre nuevas bases las instituciones. Ciertamente hubiera sido un buen momento para clarificar más algunas dudas emanadas de la aplicación de las normas legales si bien, en todo caso hemos de tener presente que la regulación que el TRLC hacía de los acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pago y del dinero nuevo, quedaba afectada de una cierta provisionalidad.

Pues bien, en este contexto la Exposición de Motivos del TRLC, disponía que la *imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho vigente que representaba esa refundición no excluía que el proceso de reforma del derecho de la insolvencia hubiera finalizado*. Esta norma se presentaba como la base idónea para la necesaria 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, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia),

mentos jurídicos con implicaciones para la asignación de recursos. Las liquidaciones directas (sin antes haberse producido una fase de convenio o incluso un convenio) ascendieron a 1.544 casos, lo que representaba un 85,5% del total de fases sucesivas. El resto de las liquidaciones, el 8,3%, procede de intentos fallidos de reestructuración. Entre éstos se encuentran 91 concursos en que se produjo el doble auto de fase sucesiva (primero de convenio y luego de liquidación), que suponen el 5,0% del total. Por su parte, los convenios aprobados sumaron 89 en 2020 un 5,0% con respecto a la suma de convenios y fases de liquidación iniciadas. Datos extraídos de Anuario Concursal elaborado por el Colegio de Registradores, con el asesoramiento científico de la Universidad Autónoma de Barcelona, cuyo informe completo se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.registradores.org/actualidad/portal-estadistico-registral/estadisticas-mercantiles>.

tarea que, como también advertía esa Exposición de Motivos, revestía extraordinaria dificultad¹².

2. LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL EN EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL ESPAÑOLA

Con carácter previo, el 4 de agosto de 2021 se publicó el Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal¹³. Es necesario destacar que, si bien este Anteproyecto supone una importante reforma del conjunto de normas del TRLC, lo cierto es que el principal eje en torno al cual parece centrarse se concentra precisamente en el Libro Segundo (artículos 583 a 686) dedicado al objeto de este trabajo, esto es, la preconcursalidad en la reforma del TRLC.

En este orden de cosas, el 14 de enero de 2022 se publica el Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, cuyo fin más inmediato consistía en la flexibilización y agilización de los procedimientos de insolvencia con el fin de *favorecer los mecanismos preconcursales*, facilitando así la reestructuración de empresas viables, así como una liquidación rápida y ordenada de aquellas otras que no lo son. Cuando las empresas resulten inviables se procura que el procedimiento facilite extraer el mayor valor a los activos para devolver a los acreedores el principal porcentaje de sus créditos, siguiendo lógicamente un orden de prelación.

Pues bien, con fecha de 20 de julio de 2022 el Senado aprobó el Proyecto de ley de reforma de la Ley concursal¹⁴ que, como consecuencia de la

¹² La Directiva (UE) 2019/1023 establece normas armonizadas de tres aspectos relacionados con la insolvencia empresarial: 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; los procedimientos para la exoneración de las deudas contraídas por empresarios insolventes; y las medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (art.1.1).

¹³ Aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo para 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).

¹⁴ Junto con el Proyecto de Ley concursal el Senado aprobó definitivamente el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil. La reforma de la Ley concursal plantea la necesidad de determinados ajustes en el diseño del reparto competencial atribuido a los Juzgados de lo Mercantil a fin de conseguir la celeridad y eficiencia procesal

aprobación de tres enmiendas planteadas al texto remitido, se hizo necesaria su devolución al Congreso de los Diputados para la aprobación definitiva de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para 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 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). La clave de esta reforma reside precisamente en las llamadas *fases preventivas*, tanto la alerta temprana como el sistema de autodiagnóstico que deberá poner en marcha el Ministerio de Industria. Se pretende que estos mecanismos actúen en una fase temprana de la situación de insolvencia, de manera que las empresas puedan acudir a ellos cuando se encuentren con dificultades financieras, pero sin necesidad de llegar obligatoriamente a la liquidación.

En definitiva, el Derecho de la insolvencia que se contempla pasaría de esta manera a dividirse, por una parte, en instrumentos de carácter preconcursal a los que se pretende dotar de una mayor *desjudicialización* al tiempo que de una significativa agilidad, facilitando así la consecución de acuerdos entre empresas viables y sus acreedores. De otra parte, el sistema contempla, un procedimiento concursal clásico con marcado control judicial dirigido a la consecución de acuerdos o convenios en aquellos casos en los que el deudor es viable o a la liquidación cuando no lo es.

En relación con el proceso de desjudicialización es necesario advertir que la prevención o la remoción¹⁵ de la insolvencia del deudor común

requerida por la norma europea. Efectivamente, el artículo 25 de la Directiva (UE) 2019/1023 señala que, sin perjuicio de la independencia judicial y de la diversidad de la organización del poder judicial en el territorio de la Unión, los Estados miembros deben garantizar que los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas se tramiten de forma eficiente, a los fines de una tramitación rápida de estos procedimientos. Ello implica un ajuste en el reparto de materias que actualmente se atribuyen a los Juzgados de lo Mercantil y a las secciones especializadas de las Audiencias Provinciales, lo que requiere de la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y, por tanto, se hace preciso que la presente ley tenga el rango de orgánica.

¹⁵ Los convenios amistosos extrajudiciales pueden perseguir en unos casos la prevención de la insolvencia y, en otros, de manera más discutida, la remoción de la insolvencia una vez que esta ya se ha manifestado, con el fin de evitar la apertura

por medio de institutos de carácter conservativo – preventivo, en particular–, vía convenios amistosos extrajudiciales, que alcancen una mayor satisfacción de los intereses de los acreedores, al tiempo que la conservación de la empresa, responde a lo que podríamos llamar una *evolución natural del Derecho concursal* en gran medida consecuencia de las crisis económicas que hemos conocido desde la promulgación de la LC de 2003. En efecto, si analizamos la configuración de la normativa concursal, en lo que a la *finalidad primaria* se refiere, desde un punto de vista cronológico observamos, que el fin de la tutela del crédito ha ido variando desde los primeros sistemas concursales hasta la actualidad. Así, en un primer momento, el fin de los procedimientos concursales no era otro que la liquidación, el reparto de los bienes y el castigo del deudor común, como fin para alcanzar exclusivamente la satisfacción de los intereses de los acreedores. Con el paso del tiempo, la conservación de la empresa emerge como un fin en sí mismo, quedando relegados los intereses de los acreedores a un segundo plano, hasta llegar, como consecuencia del escaso éxito de la finalidad sanatoria del Derecho concursal así entendida, a un Derecho concursal, que incorpora procedimientos más ágiles y flexibles, que contemplen en sede concursal y *preconcursal*, medidas tales como el convenio, la liquidación o los convenios amistosos extrajudiciales, soluciones todas ellas para alcanzar la tutela del crédito¹⁶.

La explicación de este cambio podemos encontrarla en las características del actual sistema económico. En efecto, desde el liberalismo económico de la etapa codificadora, pasando por los sistemas de economía de mercado del siglo XX, llegamos a la actualidad a un sistema económico basado en una *interdependencia propia de un entorno globalizado*. Y es en este contexto, donde el Derecho concursal procura la satisfacción de los intereses de los acreedores al tiempo que se contemplan

del procedimiento concursal; *vid.* sobre el particular, Pulgar Ezquerra, J «Preconcursalidad (...)», *op. cit.* pp. 51y 52 quien pone de manifiesto dudas acerca de la licitud de «convenios amistosos que insertos en el marco de un procedimiento concursal se configuran como una vía de conclusión del procedimiento iniciado».

¹⁶ Siguiendo este criterio de clasificación, quizá sería oportuno, hablar de ordenamientos de cuarta generación, en tanto que incorporen de manera expresa, ya sea en una legislación concursal específica o no el Derecho preconcursal. Alonso Ureba, en el prólogo a la obra de Enciso alonso-Muñumer, *op. cit.* pág. 18 y en relación con este momento señala «que se abre paso a un privatismo más utilitarista que desde la configuración de institutos insertos en el ámbito privado de la autonomía de la voluntad, eliminen los riesgos de la absoluta extrajudicialidad, propiciándose con ello la prevención y conservación de deudores en crisis».

otros fines, en particular, la corrección de los desajustes del mercado sin olvidarse de los distintos intereses públicos y privados afectados por la crisis económica¹⁷. En este marco se ha de advertir la preferencia por parte de los operadores económicos hacia la resolución de la insolvencia empresarial a través de soluciones amistosas que procuren una conservación de la empresa con una mejora en los efectos económicos y sociales, con la finalidad de procurar la satisfacción de los acreedores¹⁸.

Hemos de subrayar que, tanto en el Derecho español como en el Derecho comparado, la autocomposición, como solución negociada de resolución de conflictos de intereses, ha experimentado un importante desarrollo normativo en los últimos tiempos. Podemos afirmar que este desarrollo es consecuencia de la escasa efectividad de las legislaciones concursales ya que con frecuencia cuando declaran el concurso del deudor común, se plantea una situación tan compleja y generalmente de absoluto agotamiento económico, de suerte que su recuperación resulta harto complicada. Es por todos admitido que un retraso en la declaración de concurso difícilmente podrá facilitar la solución conservativa propiciada por el legislador concursal. Si en esta situación resulta difícil una solución convenida en sede concursal, la posibilidad de una recuperación empresarial se antoja aún más complicada. En efecto, cuanto mayor sea el retraso en la solicitud del concurso, mayor será la destrucción del patrimonio del deudor como también la dificultad de alcanzar un convenio que permita la satisfacción de los intereses de los acreedores. De igual manera, cuanto mayor sea el tamaño de la empresa.

Y es precisamente en relación con este principio de conservación donde ocupa un lugar destacado, especialmente respecto de deudores con forma societaria, *la prevención de las crisis económicas*. En efecto, los mecanismos preconcursales de carácter preventivo, adquieren cada vez una mayor trascendencia, especialmente en el ámbito del Derecho comparado, gracias a los cuales una intervención temprana y no necesariamente judicial permite, en principio, alcanzar los fines concursales previstos tras las diversas reformas concursales operadas en los países de nuestro entorno¹⁹.

¹⁷ En estos términos se pronuncia, Sánchez Paredes, M.L., (2013), *La vigencia del contrato de compraventa en el concurso*, disponible en <http://dspace.ceu.es/bitstream/10637/5084/1/Tesis-Maria-Luisa-Sanchez-Paredes.pdf>. pág. 14.

¹⁸ Vid. Enciso Alonso Muñumer M, *op. cit.* pág. 43, estos acuerdos podrán ser «acuerdos privados concebidos como contratos, convenios o acuerdos con efecto sólo respecto de las partes que participan en ellos».

¹⁹ Interesa en este punto mencionar especialmente la reforma concursal francesa incorporada mediante la Ley 84/1984 de 1 marzo, sobre «*Prevention et Règlement amiable des entrepri-*

3. HACIA UN NUEVO DERECHO CONCURSAL

El sentido y alcance de las numerosas reformas que se han ido incorporando al ordenamiento jurídico-concursal han tenido su fundamento en razones de diversa índole. En unos casos, la crisis económica global en la que nos vimos inmersos a principios del siglo XXI, provocó que una buena parte de la legislación concursal se revelara insuficiente y difícil de administrar para hacer frente a la avalancha de concursos acontecidos, especialmente desde el año 2008. Una LC, que apenas comenzaba a andar, tuvo que ser reformada por primera vez a los seis años de su entrada en vigor, situación que contrastaba con la legislación concursal previgente en aquel momento, cuya última modificación se incorporó en el año 1922 con la Ley de Suspensión de Pagos. Actualmente, como consecuencia de la crisis sanitaria originada por el Covid-19, el TRLC tal y como se desprende de su Exposición de Motivos, pretendió paliar los efectos económicos del estado de alarma, así como las dificultades económicas de las empresas afectadas por una disminución o un cese de su actividad. En este sentido, Esta legislación no supuso la derogación de las medidas concursales urgentes que se aprobaron con ocasión de esta crisis sanitaria, como el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia por lo que, al menos temporalmente, convivieron ambas normas.

En otras ocasiones, olvidando en parte que la finalidad solutoria (satisfacción de los acreedores del deudor insolvente), sigue siendo la finalidad principal del concurso, el propio legislador ha fomentado una función conservativa del concurso, que procurase la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Pese a la intención del legislador, lo cierto es que las cifras de los últimos años indican una destrucción de empresas con prevalencia de la solución liquidativa frente al convenio –tanto anticipado como ordinario–, motivo por el cual, algunas de las recientes reformas han procurado reforzar la opción conservativa²⁰. La crisis económica ocasio-

ses dans difficulté», considerada como máximo exponente de Derecho comparado de la regulación de la prevención. Se establece por primera vez la necesidad de que la solución de los procedimientos concursales ya no sea principalmente la satisfacción de los intereses de los acreedores sino la conservación de la empresa. Esta sería la razón por la cual la doctrina francesa se refiere a esta etapa como el tránsito del *Droit de la Faillite* al *Droit des entreprises en difficulté*. vid. Jacquemont (2013), *Droit des entreprises en difficulté*, París, pág. 2.

²⁰ Las estadísticas disponibles ponen de relieve que solo en torno a un 6,5 % de los concursos declarados terminan en

nada por el Covid-19 generará con toda seguridad sucesivas olas de concursos.

Por último, la protección de determinados operadores económicos, así como la necesidad de reducir costes temporales y económicos motivaron la aparición de alternativas preconcursales que simplificaron y agilizaron el procedimiento concursal. Es esta última razón de política legislativa la que centra este estudio. Actualmente en España, y anteriormente en los países de nuestro entorno, asistimos a un impulso de la desjudicialización del marco de tratamiento de las crisis económicas del deudor común. La preferencia de los operadores económicos por soluciones amistosas a las crisis resulta evidente si se toma en consideración el ahorro temporal y de coste económico que supone la declaración de los procedimientos concursales.

En este orden de cosas, unas horas después del final de la moratoria concursal, el 30 de junio de 2022 resultó aprobado el Proyecto de Ley de reforma de la Ley concursal. Es importante destacar que esta moratoria concursal, ha estado vigente desde el 17 de marzo de 2020, tras sucesivas prórrogas, manteniéndose en total algo más de 27 meses, en la que los deudores no han tenido la obligación legal de solicitar el concurso de acreedores ante una situación de insolvencia. Como es sabido, con el fin de este aplazamiento cesan los efectos suspensivos establecidos con relación a la tramitación de los procedimientos concursales de carácter necesario, así como los relativos a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5 del TRLC, que establece el deber de solicitar la declaración de concurso. Surge, en consecuencia, la necesidad de dar cumplimiento a la obligación de los administradores sociales en orden

convenio, si bien tanto la LC como el TRLC se postulan a favor de una solución conservativa. *Vid.* la realizada por el Colegio de Registradores correspondiente al *Anuario Concursal 2019* (https://www.registradores.org/documents/33383/148294/Anuario_Concursal_2019.pdf/077db697-9d41-19c2-5673-7678cc9500d7?t=1593423594649). Para el año 2021 y teniendo en cuenta la moratoria concursal, el porcentaje total de fases sucesivas de liquidación se situó en el 95%. Entre estas, en 81 concursos las fases de liquidación proceden de una fase de convenio anterior que no llegó a aprobar un convenio, siendo 78 los casos cuya liquidación se produjo por fracaso de un convenio previamente aprobado. Por su parte, las liquidaciones directas (sin antes haberse producido una fase de convenio o incluso un convenio) ascendieron a 1.644 casos, lo que representa un 86,6% del total de fases sucesivas. El resto de las Evolución de los procedimientos que alcanzan Fase Sucesiva Fase de Convenio Liquidación tras Fase de Convenio Liquidación tras Convenio Aprobado Liquidación Directa Estadística Concursal Anuario 2021 31 liquidaciones, el 8,4%, procede de intentos fallidos de reestructuración. En un sistema planteado para la deliberación de las posibles salidas asignativas, parece un porcentaje razonable, a pesar de la pérdida que esta posibilidad supone en el plano temporal.

a la presentación de concurso dentro del plazo legal previsto en el TRLC.

Pues bien, resulta llamativo que pese a la moratoria concursal los concursos no hayan parado de crecer, seguramente a causa de los mayores incentivos que tienen las personas físicas para utilizar el mecanismo de la segunda oportunidad incorporado a nuestro ordenamiento jurídico tras la reforma de 2015. Así las cosas, en 2021 hubo un total de 18.892 concursos, lo que representa un aumento del 37,5% respecto a 2020 y del 57% en relación con 2019. Esta tendencia se aprecia igualmente en 2022 donde el primer trimestre registró un total de 5.312 concursos, un aumento del 7,9% respecto del mismo período del año anterior. Llama la atención el crecimiento de los concursos de las personas físicas que experimentó un 29,5% más que el período anterior.²¹ En definitiva, los datos muestran un intenso repunte de los concursos de empresarios individuales desde la segunda mitad de 2020, que se ha prolongado en 2021, hasta alcanzar cifras casi cinco veces más elevadas que las de 2019 en el primer trimestre de 2022. En el caso de las sociedades mercantiles, el número de concursos también se elevó en la segunda mitad de 2020 por encima de los niveles de 2019, si bien, como apunta el Banco de España, de forma mucho más moderada en el caso de los empresarios individuales, situándose en 1.944 concursos en 2021 para una población de cerca de 1,5 millones de sociedades. No obstante, los datos más recientes, correspondientes al primer trimestre de 2022, evidencian un cierto repunte de los concursos de sociedades, hasta cotas similares a las de 2019.²²

A la vista de lo anterior resulta previsible que respecto del tercer trimestre de 2022 se produzca una nueva avalancha de concursos, todo ello habida cuenta de que muchas de estas empresas que acudirán al concurso sean las llamadas “empresas zombis”, es decir, aquellas que durante la moratoria y bajo una ilusión de solución a sus problemas económicos, no han aprovechado este tiempo para refinanciar sus deudas o fortalecer sus recursos. Se constata, una vez más en situaciones de crisis económica, el aumento del número de empresas que acuden directamente a la liquidación ya que en enero de 2022 suponían un 48% cifra que alcanzó el 67% en marzo de 2022.

Asimismo, es necesario tener en cuenta que la conclusión de los períodos de carencia de los préstamos y créditos avalados por el Instituto del Crédito Oficial (ICO) a las empresas, sea finalmente la que

²¹ C.G.P.J - Estadística del Procedimiento concursal (poderjudicial.es)

²² “La evolución de la solvencia y de la demografía empresarial en España desde el inicio de la pandemia,” *Boletín económico 2022*, Banco de España, pp. 7 y ss.

genere una incidencia concursal mayor incluso que la originada por la conclusión de la moratoria concursal. En este sentido, el pasado 21 de junio de 2022, el Acuerdo Consejo de ministros autorizó un marco para poder extender el vencimiento de las operaciones avaladas por el ICO (ICO-avales Covid) con independencia de la fecha de la firma o incluso si ya se había extendido el plazo en virtud del RD 34/2020 de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria. En este sentido, debe advertirse que la reforma de la ley concursal pretende incorporar la posibilidad de que las Administraciones Públicas estudien la viabilidad de las empresas en el caso de que el 75% de la deuda sea pública, al considerar que esta limitación abocaría a las empresas a la liquidación y a la pérdida de valor con la imposibilidad de acudir a tiempo a la reestructuración real de la deuda en empresarios diligentes.

No obstante lo anterior, no parece percibirse una preocupación generalizada, al menos a nivel social, respecto a un posible colapso de los Juzgados de lo Mercantil por acumulación de concursos. En este sentido, la reciente reforma concursal de septiembre de 2022 prevé, como complemento necesario para las medidas de eficiencia contenidas, la descarga de competencias a los Juzgados Mercantiles y a las secciones especializadas de las Audiencias Provinciales. Estas medidas requieren a su vez, la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que se presenta una segunda reforma, como Ley Orgánica, complementaria a la reforma de la Ley Concursal. Entre las medias más destacadas, con la nueva regulación los casos sobre condiciones generales de la contratación y sobre protección de los consumidores y ciertas reclamaciones en materia de transportes (retrasos de aerolíneas, equipajes, etc.) pasarán de los Juzgados de lo Mercantil a los Juzgados de Primera Instancia. Finalmente, se contempla la vuelta a los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento del concurso de las personas naturales no empresarias.

En definitiva, el nuevo texto incorpora entre sus novedades, en lo que a la preconcursalidad se refiere, una renovación del planteamiento de los artículos 5 bis, 71 bis y Disposición Adicional Cuarta de la LC, cuyos postulados se encuentran actualmente recogidos en los artículos 581 y ss., 596 y ss. y 605 y ss. del TRLC. Con la reforma se suprimen los Acuerdos extrajudiciales de pago y los Acuerdos de Refinanciación y en su lugar, se introducen los denominados *Planes de Reestructuración*. Para ello, además de la insolvencia inminente y de la insolvencia actual, el Proyecto configura un nuevo estado previo a dichos escenarios, consistente en una *probabilidad de insolvencia*,

estado en el que sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un Plan de Reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones a sus fechas de vencimiento.

En línea con lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, estos planes podrán consistir tanto en una modificación del activo como del pasivo del deudor, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa²³. El cambio de este mecanismo preconcursal no se limita, en consecuencia, a su mera denominación.

La necesaria armonización, en el límite del plazo establecido, de nuestra legislación concursal en consonancia con las directrices emanadas desde Bruselas determinará si finalmente resulta eficaz, especialmente en relación con la previsible avalancha de liquidaciones, que no solo no se reducirá, sino que abocará al cierre a un gran número de empresas. Y es que, si bien es previsible que se agilicen los procesos, no se producirá un descenso de las liquidaciones, ya que estas dependen de los efectos de la pandemia y la moratoria y, fundamentalmente, del crecimiento o recesión de la economía. En este sentido, el Informe Anual del año 2021 del Banco de España, alerta sobre la circunstancia de que esta reforma concursal podría contribuir a corregir parte de las ineficiencias que presentan los mecanismos de insolvencia actuales, si bien no está claro hasta qué punto serán eficaces algunos de los nuevos procedimientos ya que la duración media de los concursos en España es de alrededor de 40 meses, muy por encima de la que presentan los procedimientos de insolvencia en otros países de nuestro entorno, como Francia (12 meses) y el Reino Unido (14 meses)²⁴.

²³ Así lo dispone el art. 24. Directiva (UE) 2019/1023 al decir que "El marco de reestructuración debe estar 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 implique normalmente un total desapoderamiento del deudor y el nombramiento de un liquidador. A fin de evitar una utilización abusiva de los marcos de reestructuración, las dificultades financieras del deudor deben indicar la insolvencia inminente y el plan de reestructuración debe poder impedir la insolvencia del deudor y garantizar la viabilidad de la actividad empresarial".

²⁴ Informe Anual 2021 del Banco de España, pp. 161 y ss. Banco de España - Publicaciones - Informes y memorias anuales - Informe Anual (bde.es)