

Doctrina

Por Aurelio Gurrea Chalé, abogado, titular mercantil, auditor de cuentas y economista. Presidente de Dictum y del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

Algunas notas sobre la figura del experto en la reestructuración dentro del Texto Refundido de la Ley Concursal

1 INTRODUCCIÓN

Por todos es sabido, que las soluciones a la insolvencia de las empresas, pasa por dos grandes opciones: la reestructuración o la liquidación.

La reestructuración se puede producir o bien por aumento de capital, por capitalización de créditos donde los acreedores se convierten en dueños de la empresa, o bien por refinanciación de los propios acreedores y/o de terceros mediante un acuerdo o convenio propuesto por el deudor que puede consistir en una espera para el pago de los créditos y, en su caso, con quita de parte de esos créditos. Y también entra dentro del concepto de reestructuración, las modificaciones estructurales (las fusiones y escisiones, tanto de la propia empresa en forma global, como de unidades productivas de la misma). En el procedimiento especial de microempresas del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLIC) al plan de reestructuración se le llama plan de continuidad.

La liquidación consiste en el cierre de la empresa con la venta de la unidad productiva de forma

global, con lo que se pueden mantener los puestos de trabajo; en su caso, de las unidades productivas si las hubiere de forma individualizada, que podrían, incluso, transmitirse con los puestos de trabajo adscritos a ellas; o bien en la venta de los activos de forma individualizada. Lo que no nos habla la ley es de la posibilidad de una posible asunción por parte de los trabajadores de gestionar la empresa o unidades productivas mediante sociedad cooperativa o mercantil laboral, que también podría ser.

Ni la Ley Concursal en su artículo 191 ter, ni posteriormente el Texto Refundido de la Ley Concursal en su artículo 530, fueron eficientes al carecer, tanto un texto como otro, de una normativa que fuese eficaz y a la vez rápida en la venta de unidades productivas de las empresas, ya que carecían de un procedimiento pre-concursal, homologado por la autoridad judicial, que resolviera en un breve espacio de tiempo la transmisión de dichas unidades productivas como poseían otras legislaciones de nuestro entorno. Una figura jurídica que, dentro de sus ventajas, pudiera evitar la depreciación de activos debido al

largo periodo de tiempo en liquidar la empresa o algunas de sus unidades productivas dentro de un concurso de acreedores; así como que procure la máxima satisfacción de los acreedores y, a ser posible, el mantenimiento del mayor número de trabajadores. Esta figura es lo que ha venido en llamarse el *prepack*.

Después de la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, la figura del *prepack*, toma carta de naturaleza al ser incluido en el articulado del texto reformado.

2. EL EXPERTO EN REESTRUCTURACIÓN

Vamos a tratar de hablar de un único experto, tanto para recabar ofertas para la adquisición de unidades productivas como para las funciones de reestructuración o refinanciación de pasivo. El que puede reestructurar o refinanciar puede, asimismo, recabar oferta de compra para la unidad productiva, no obstante, el propio artículo 224 quarter, establece que el nombramiento de experto para el *prepack*, deberá reunir las condiciones del experto en reestructuración o administrador concursal.

a) Nombramiento

En el caso de recabar ofertas para la adquisición de unidades productivas (*prepack*), el art. 224 ter TRLC establece que, en caso de probabilidad de insolvencia, de insolvencia inminente o de insolvencia actual, el deudor, sea persona natural o jurídica, cualquiera que sea la actividad a la que se dedique, podrá solicitar del juzgado competente para la declaración de concurso el nombramiento de un experto que recabe ofertas de terceros para la adquisición, con pago al contado, de una o de varias unidades productivas de las que sea titular el solicitante, aunque hubieran cesado en la actividad. Para ello, no es necesario solicitar el concurso, pero, no obstante, el artículo 224

quinquies, hace la advertencia del deber del deudor de solicitarlo dentro de los dos meses siguientes a la fecha que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual. Este experto deberá reunir las condiciones objetivas del experto en reestructuración (art. 674 TRLC) o de administrador concursal (arts. 57 y ss. TRLC), por tanto, estamos hablando de un único profesional cualificado en la ley.

También el deudor, en su caso, podría solicitar al juez el nombramiento de experto en la reestructuración en la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores (art. 586.1.8º y 672.1.1º TRLC), como también cuando lo soliciten acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo afectado por la reestructuración (672.1. 2º TRLC). Si bien en el caso de que el experto de la reestructuración no hubiese sido nombrado; los acreedores que representen, al menos, el treinta y cinco por ciento del pasivo que en el momento de la solicitud pudiera estar afectado, pueden solicitar de forma razonada al juez el nombramiento de uno determinado. En el caso de la solicitud de nombramiento por los acreedores, la retribución del experto correrá por cuenta de éstos, a no ser que en el plan de reestructuración se recoja expresamente que sea a cargo del deudor. (arts. 672.1.2º y 673.2 TRLC). Los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo afectado por la reestructuración podrán pedir al juez la sustitución del experto nombrado a solicitud del deudor.

En el procedimiento especial para microempresas no es preceptivo el nombramiento de experto en el plan de continuación (art. 690.3.2ª TRLC), pero el juez podrá solicitar un informe de un experto en la reestructuración sobre el valor del deudor como empresa en funcionamiento cuando lo considere necesario (art. 698 bis.5 TRLC). No obstante, en cualquier momento del procedimiento, el deudor o los acreedores cuyos créditos representen al

menos el veinte por ciento del pasivo total podrán solicitar el nombramiento de un experto en la reestructuración con funciones de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor, por medio del formulario normalizado al efecto (art. 704.1 TRLC). También los acreedores que representen, al menos, el cuarenta por ciento del pasivo total podrán solicitar el nombramiento de un experto con funciones de sustitución de las facultades administración y disposición del deudor (art. 704.2 TRLC). La solicitud de nombramiento se puede rechazar por los acreedores que representen la mayoría del pasivo, salvo que el nombramiento sea necesario para hacer las valoraciones previstas, iniciar acciones de reintegración o de responsabilidad (art. 704.3 TRLC). Al nombramiento del apartado 2 anterior se podrá oponer el deudor o, en todo caso, los acreedores que representen la mayoría del pasivo resolviendo el juez en el plazo de cinco días (art. 704.3). También el nombramiento de experto para el procedimiento especial de microempresas recaerá en la persona que elijan de mutuo acuerdo el deudor y sus acreedores cuyos créditos representen más del cincuenta por ciento del pasivo total. De no haber acuerdo, o solicitado fuera de plazo el nombramiento, se realizará por el juez siguiendo el procedimiento del libro segundo (art. 704.6 TRLC).

b) Duración del encargo

La duración del encargo para el experto, que será establecida por el juez, dependerá en gran medida de la información que dé el deudor en su solicitud de nombramiento de experto; no obstante, se puede tener en cuenta el plazo establecido en el artículo 5 para el caso de insolvencia actual, así como los plazos que se establecen para las comunicaciones de inicio de negociación con los acreedores para empresas y microempresas. Conforme a estos plazos, no se deberán superar los tres meses, salvo por las prórrogas que se

establecen en la ley que serán solicitadas por el deudor de forma motivada y autorizadas por el juez.

3. CUALIDADES DEL EXPERTO EN LA REESTRUCTURACIÓN

Respecto a las cualidades que debe tener el experto, que consideramos parecidas a las del administrador concursal, bajo nuestro punto de vista, pasan por la diligencia, independencia, la objetividad, la ética y aquellas otras condiciones subjetivas que marca el artículo 674 TRLC (conocimientos jurídicos, financieros, empresariales y experiencia en reestructuraciones), o lo que es lo mismo: formación técnica contractada.

a) Diligencia

El experto ejercerá las funciones propias del cargo con la diligencia propia de un profesional especializado en reestructuraciones (art. 680 TRLC).

c) Independencia

El principio de independencia, respecto tanto al deudor como a los acreedores, que establece el art. 680 TRLC, se centra fundamentalmente en las incompatibilidades que se recogen en el artículo 675 TRLC y aquellas que se reseñan en los artículos del 16 al 20 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, a la que hace referencia el propio Texto Refundido de la Ley Concursal.

d) Objetividad o imparcialidad

En cuanto a la objetividad del experto, término similar a la neutralidad o la imparcialidad (art. 680 TRLC), es también incluido en el artículo 80 TRLC en el que de forma breve y sin desarrollo, cita tanto a la independencia como a la imparcialidad que debe mostrar un administrador concursal.

e) Otros principios éticos

No obstante, existen otros principios éticos y morales que deben guardar tanto el administrador concursal como el experto en la reestructuración que les hagan actuar con rectitud y sin sometimiento a vaivenes interesados que, a veces, se les presentarán en el transcurso de su trabajo, tratando de contaminarlo e, incluso, corromperlo. Debe actuar siguiendo unos principios moralmente correctos cuando exista una presión para hacer lo contrario.

También el experto, tiene que ser capaz de que, tanto él como su equipo de trabajo, garanticen que la información que conocen sea absolutamente confidencial.

f) Mediador

Asimismo, el experto tiene que ser mediador – imparcial innegablemente– entre las exigencias de las partes: el deudor, los acreedores, incluso en casos de conflicto laboral entre empresa y trabajadores. Por ello, requiere desarrollar su sensibilidad, su capacidad negociadora y de persuasión argumentada, con objeto de lograr el equilibrio de aquellos conflictos que se le presenten. Debe saber escuchar para llegar a acuerdos, observar para resolver problemas y argumentar para convencer. Asimismo, debe tener capacidad para relacionarse convenientemente. Él debe ser capaz de desarrollar la habilidad de negociar¹.

No obstante, el artículo 702 TRLC, prevé la solicitud de la designación de un mediador concursal a solicitud del deudor o de acreedores que representen al menos un veinte por ciento del pasivo con la única finalidad de negociar un plan de continuación entre el deudor y los acreedores en el procedimiento especial de microempresas. El proceso tendrá una duración de diez días y, como regla general, se realizará por medios electrónicos,

por videoconferencia u otro medio análogo siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes. Se regirá por lo dispuesto en este artículo y por lo dispuesto para el nombramiento de un experto en la reestructuración en cuanto a la elección, designación y retribución. Si el mediador no viera posible el acuerdo, cerrará la mediación y lo comunicará al juzgado; y si la empresa se encontrara en insolvencia actual, tanto el deudor como los acreedores que representen un veinte por ciento del pasivo podrán solicitar el procedimiento especial de liquidación.

No entendemos el porqué de esta otra figura más en el procedimiento, cuando la puede hacer perfectamente un experto de la reestructuración que tendría que sustituirlo si se solicitara por el deudor o los acreedores, que representen al menos el veinte por ciento del pasivo, la intervención de las facultades de administración o disposición del deudor conforme al artículo 704.1 o estando en insolvencia actual se solicitara por los acreedores, que representen al menos el cuarenta por ciento del pasivo, la sustitución de dicha facultades de acuerdo con el artículo 704.2. TRLC. Además, al experto se le reconoce la labor de mediación en el artículo 704.5 TRLC. Creemos que el artículo 702 TRLC debería decir “un experto en reestructuración que medie” y no un “mediador concursal”, así conseguiríamos una figura que, en cualquier caso, pudiese continuar.

g) Cualidades técnicas

En cuanto a cualidades técnicas, el experto de la reestructuración debe tener conocimientos jurídicos-económicos sobre la materia y negociación en las que va a intervenir (concursal, laboral, mercantil, fiscal, contratos, sistema financiero español, modificaciones estructurales, contabilidad, administración de empresas, etc.). Entre otras cosas, hay que tener en cuenta, sobre

todo cuando ha de negociar con entidades financieras –acreedores profesionales o principales acreedores en casi todas las empresas deudoras–, que debe conocer perfectamente el sistema financiero español para tratar de saber hasta dónde puede llegar esa negociación dependiendo del tipo de entidad y de la normativa a la que está obligada a observar. El conocimiento de las modificaciones estructurales de empresas es también, según el caso, fundamental para la reestructuración; no se puede hacer una escisión de una unidad productiva, una fusión por absorción o cualquier otra modificación estructural sin tener conocimiento para ello. Por citar solo dos ejemplos dentro de las cualidades técnicas que han de tener los expertos de la reestructuración, si bien podríamos citar otros (análisis de balance, de viabilidad empresarial, etc.).

4. FUNCIONES DEL EXPERTO

En cuanto a las funciones a realizar por el experto se envuelven, en parte, dentro de lo que hemos apuntado respecto a sus cualidades, independientemente de las comprobaciones que debe realizar, caso del experto en el *prepack*, de valoración y cargas de la unidad productiva a transmitir, así como que se dé la máxima transparencia y la existencia de concurrencia en el proceso de venta. El experto en la reestructuración deberá asistir al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración, realizando y presentando al juez los informes exigidos por la ley y aquellos otros que el propio juez considere necesarios o convenientes (art. 679 TRLC). Asimismo, el experto en reestructuraciones nombrado en la negociación de un plan de continuación podrá emitir opiniones técnicas sobre cualquiera de los extremos susceptibles de afectar a la formación de la voluntad de los acreedores en relación con el plan, y podrá mediar entre el deudor y sus acreedores.

Podrá también realizar todas las funciones que le son reconocidas en el procedimiento especial para microempresas (art. 704.5 TRLC), incluso mediar, para lo que no sería necesaria la figura del simple mediador del artículo 702 TRLC.

5. RETRIBUCIÓN

En el caso del *prepack*, el artículo 224 quater.2 TRLC dispone que el juez fijará al experto la retribución que considere procedente atendiendo al valor o valores de las unidades productivas y podría estar en función del resultado de la operación².

Respecto a la retribución del experto en la reestructuración, establece el artículo 672.2.2º que a la solicitud de nombramiento de experto deberá acompañarse la aceptación del importe y los plazos de devengo de la retribución que se hubiera pactado. Por tanto, la ley deja dentro del principio de autonomía de la voluntad de las partes esta retribución.

En el caso de la solicitud de nombramiento por los acreedores, la retribución del experto correrá por cuenta de éstos, a no ser que en el plan de reestructuración se recoja expresamente que sea a cargo del deudor. (arts. 672.1.2º y 673.2 TRLC).

6. COBERTURA POR DAÑOS

Y, por último, el experto deberá tener contratada una póliza de responsabilidad civil, que garantice tanto al deudor como a los acreedores, los perjuicios por daños que, por infracción del deber de diligencia, independencia e imparcialidad, en el desarrollo de su actividad, pueda causarles.

¹ Vid. Gurrea Chalé, A. El administrador concursal debe tener cualidades técnicas, humanas y éticas. LegalToday. 2 de septiembre de 2011.

² En junta celebrada el 21 de febrero de 2023, los jueces mercantiles de Madrid, aprobaron una Guía de buenas prácticas para el nombramiento de experto en fase preconcursal en donde en el apartado 6, establecen unos criterios orientadores para determinar la retribución de dicho experto. Dada su amplitud no vamos a reseñar en este breve artículo, pero recomendamos su lectura.