

El siguiente paso ineludible en la construcción de un auténtico sistema integrado de reestructuración preventiva: la levedad de los actuales mecanismos de alerta temprana en España.

Blas A. González

Magistrado en excedencia, especialista CGPJ asuntos mercantiles. Abogado.

Ponencia Jornadas de Estudio de la Insolvencia del País Vasco, San Sebastián, 25 de enero de 2024.

El derecho español de la insolvencia se ha ido construyendo, debido a su evolución histórica, en tres pasos hacia atrás, tres pasos desde la última frontera hacia la primera: desde el proceso concursal hacia la preconcursalidad, es decir, desde la completa judicialización en casos de insolvencia actual, hasta un menor grado de intervención judicial en casos de insolvencia inminente o probable, más propicias a soluciones de autocomposición de deudores y acreedores. Parece lógico. Cuando en 2003 se hace pública la nueva Ley Concursal (LC 2003), en vigor desde el 1 de septiembre de 2004, la clave estaba en saber cómo modernizar el viejo Derecho Mercantil de quiebras y suspensiones de pagos, o las instituciones tan en desuso del deudor civil en la LEC, normas vetustas de 1885 o 1922, para las que el derecho preconcursal era ciencia ficción. La LC 2003 coloca a España dentro del club de los países con una normativa moderna y equiparable en lo que hace a la concepción y funcionamiento de un procedimiento judicial de carácter universal, al que concurrieran todos los acreedores de un mismo deudor, comercial o civil, persona física o persona jurídica, en insolvencia actual o en insolvencia inminente, un proceso orientado, como solución natural, al convenio entre todos ellos, al mantenimiento del tejido productivo, o en su caso, a una liquidación ordenada.

Lamento profundamente leer en el Preámbulo de la Ley 16/22 (ap. 6) que los problemas que han acosado al modelo de 2003 provienen de “errores de

*concepción*¹. Pero siendo cierto que, en efecto, ese proceso concursal diseñado en 2003 ha experimentado múltiples reformas desde que se publicó la Ley 22/2003 (*“La historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas”*, como comenzaba diciendo el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que aprobó el TRLC), y ninguna de ellas logró revertir ese completo fracaso del convenio de acreedores como solución pactada que permitiera sacar a delante a las empresas viables, se comprende fácilmente la extremada importancia que ha tenido la reforma operada en el TRLC de 2020 por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que como es sabido implementa en nuestro país la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos concursales. El nuevo TRLC derivado de esta reforma de 2022, vigente desde el 26 de septiembre de ese año, sin perjuicio de su evidente incidencia en la segunda oportunidad y la concepción del procedimiento del concurso de acreedores, se ha convertido en la clave de arco de nuestro sistema de derecho preconcursal.

Ha sido en 2022, prácticamente veinte años después, cuando España, merced a la transposición de la norma comunitaria, ha contado con el segundo paso en esa

¹ *“La experiencia acumulada en los años de vigencia de la Ley 22/2003, de 9 de julio, permite constatar que los errores de concepción de los que derivan los problemas esenciales del concurso de acreedores son los siguientes:*

1.º La consideración de que el convenio es la «solución normal» del concurso, cuando la realidad demuestra que el convenio es solución excepcional. Más del noventa por ciento de los concursos tramitados finalizan por liquidación (...)”

El fracaso del convenio, con más de un 90% de liquidaciones, en efecto, como resultado normal de un concurso, no convierte a la concepción del convenio como solución a la que aspirar en una concepción errónea. El legislador parte aquí, en su reforma de 2022, de una resignación y conformismo alarmantes. El origen de ese fracaso radica en la cultura concursal del país y en el estigma que genera la insolvencia una vez trasciende al mercado, no en la concepción del legislador de 2003. Puestos a lanzar un reproche, sería de ambición desmedida, más que de errores conceptuales.

evolución inversa a la que se aludía en nuestra legislación (desde el concurso hacia el precurso). Antes de este momento, el edificio preconcursal nacional sólo contaba con algunas paredes, por no decir tan sólo con algunos ladrillos inconexos. Los más viejos del lugar recordarán la reforma de marzo de 2009, cuando la crisis financiera mundial empezaba a dejar sus señales en las empresas del país, que presentó en sociedad aquello de la comunicación previa de negociaciones con los acreedores (los antiguos arts. 5.3, 5ter y luego 5bis LC, hoy 585). Quien suscribe, en aquellos años en el ejercicio de la jurisdicción mercantil, tuvo empeño en resaltar que se activaba un mecanismo preconcursal completamente desconectado del resto del esquema preconcursal ... que simplemente aún no existía. La comunicación previa, aquel paraguas protector del que hablaban Emilio Beltrán y Juana Pulgar, se abría sin que debajo hubiera absolutamente nada que proteger. Exigí por ello que se acreditara el inicio de conversaciones con los acreedores para tratar de superar la insolvencia y evitar el concurso, pero aunque esta tesis generó escuela en la mitad de los juzgados mercantiles, el resto señaló que la LC, sencillamente, no exigía nada de ello. Así pasó, en efecto, a las reformas posteriores, como la de 2011, de modo que no fue necesario acreditar estado de insolvencia alguno (véase la huella de esto aún hoy, explicitando esta regla el actual art. 588.3 TRLC), ni qué conversaciones pudieran darse.

Este primer ladrillo, esta primera pieza del sistema preconcursal, de todas formas fue acompañándose luego de una comunicación previa más completa y detallada, la que efectivamente exigía un sistema preconcursal completo, los acuerdos de refinanciación de la Disp. Ad. 4ª, la mediación concursal, los acuerdos extrajudiciales de pago. Sin embargo, la eficacia protectora de ese sistema, todavía no integrado, fue escaso. Como dice el propio Preámbulo de la Ley 16/22, haciéndose eco de ello, *“la utilización de los instrumentos preconcursales en nuestro país ha venido aumentando de forma lenta y su uso ha sido relativamente reducido. Por otra parte, la percepción más extendida es que si bien los acuerdos de refinanciación han constituido un instrumento útil, los acuerdos extrajudiciales de pagos, dirigidos a pequeñas y medianas empresas, no han cumplido de forma satisfactoria con su propósito”*.

Hoy, finalmente, se cuenta con un sistema integrado que funcionará mejor o peor, pero que responde al estándar europeo y que goza de un orden lógico interno que da sentido a cada una de sus piezas. Cabe hacer uso de comunicaciones previas que protegen frente a las ejecuciones individuales, pero también frente a resoluciones contractuales *ipso facto* o por incumplimiento, que suspenden el deber de disolver la sociedad en caso de pérdidas cualificadas; un plan de reestructuración ajustado al modelo de la Directiva, que incorpora instituciones clásicas como la formación y la decisión por mayorías de clases, la prioridad absoluta y relativa, el criterio del mejor interés de los acreedores, el cross cramdown, el arrastre por clases en el dinero, incluso la rendición para grandes empresas del principio de autonomía del deudor.

Hoy, este modelo de lo que la reforma de 2022 ya recoge explícitamente como “preconcurso”² en el artículo 583 del TRLC, es la estrella de decenas de congresos y seminarios, y cursos, y jornadas. Vivimos un momento parecido al que se vivió en 2004 y 2005, cuando las instituciones concursales españolas nacidas de la LC 2003 estaban recién estrenadas. Auditorios mucho más poblados que en 2004, pero la misma novedad, incertidumbres parecidas, las mismas críticas al legislador por los agujeros que siempre acaban por aparecer en la norma, las mismas preguntas a los jueces de lo mercantil para aventurar cómo será la aplicación de instituciones tan cruciales y, a la par, tan desconocidas, las consiguientes críticas a los jueces por estas primeras aplicaciones. Con todo ello se irán perfilando en unos años nuestras instituciones preconcursales.

Pero, ¿y el tercer paso? ¿Cuál es esa primera frontera, esa línea de vanguardia? ¿Qué atención ha merecido en la reforma de 2022, que atención está mereciendo en la aplicación del TRLC? Las respuestas a estas preguntas son claras: hablamos de la

² Me sumo sin duda a las voces que critican que, en vez de hablar del tratamiento de la crisis empresarial o la pre-insolvencia, el legislador haya sido dócil con el habla de la calle y la prensa para acabar recogiendo como institución al *preconcurso*, término agorero y pesimista donde los haya, antesala se diría que ineludible, del proceso concursal.

extraordinaria importancia de los sistema de alerta temprana, hablamos también del escaso desarrollo y atención que están mereciendo, a pesar de ser la clave para un cambio real en la cultura concursal del país, más allá de contar con un eficaz sistema de reestructuración empresarial.

Para trazar las líneas maestras de estos mecanismos de alerta temprana, debe repararse en que la Ley 16/2022, siguiendo la pauta marcada por la Directiva de 2019, no sólo habla ya de la insolvencia actual y de la inminente, sino que, definiendo en el artículo 2.3 del TRLC la insolvencia inminente como aquel estado del deudor *“que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”* (es decir, acotando en el tiempo la inminencia, lo que no hacía la norma anterior, mucho más inespecífica e insegura en este punto), introduce también como un presupuesto objetivo del precurso a la insolvencia probable. Dejando a un lado los conocidos problemas lingüísticos que se plantearon en la traducción española de la norma europea, lo cierto es que manejar la probabilidad de la insolvencia como presupuesto objetivo de una comunicación de negociaciones y un plan de reestructuración evidencia la voluntad, comunitaria y nacional, de adelantar muy sensiblemente los escenarios de insolvencia a momentos muy anteriores en la vida de las empresas, lo que sin duda debe alertar, y alerta de hecho, a los administradores sociales. La idea parece clara: las empresas europeas deben reaccionar mucho antes frente a una situación de crisis de solvencia, anticipando reacciones que sean capaces de evitar los concursos de acreedores, de contrastada eficaz liquidativa. Así, como sabemos, según el artículo 584.2 del TRLC, se considera que existe probabilidad de insolvencia *“cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años”*.

No es lugar éste para ahondar en la dificultad intrínseca que ofrece este concepto de la “objetividad previsible”, que suena más bien a nociones integradas por contradicciones como “hipótesis ciertas” o a “certezas futuribles”, la doctrina ya se ha hecho eco de lo ambiguo y elástico del término. Más aún cuando se debe aplicar en un escenario temporal muy amplio: nada menos que dos años desde el fracaso o la falta de un plan de reestructuración, una antelación importada del modelo alemán.

Exigir al empresario español medio que pueda hacer, con eficacia y buen criterio, una juicio de previsibilidad objetiva en torno a su insolvencia a dos años vista, se antoja cuanto menos optimista.

Sin embargo, y he aquí el núcleo de la cuestión, ¿cómo se podría lograr que las empresas, sus gestores, sí que puedan finalmente decidir a este respecto, adelantar sus reacciones en casos de insolvencia probable sin esperar a la insolvencia inminente (tres meses siguientes) o actual, si no se les dota de mecanismos eficaces de alerta temprana?

La importancia de estos mecanismos para la Directiva está fuera de toda duda, y así se ha recogido en la norma española. Usemos las palabras del propio preámbulo de la Ley 16/2022:

“Los mecanismos o herramientas de alerta temprana constituyen una de las novedades más relevantes introducidas en la Directiva 2019/1023, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos concursales. La Directiva impone a los Estados miembros la obligación de implantar instrumentos de alerta y prevención de la insolvencia, que tengan virtualidad para efectuar un diagnóstico precoz de posibles situaciones de dificultades financieras, a los efectos de preservar el valor de la empresa, incentivando la adopción de medidas de reorganización o reestructuración cuando todavía sea posible evitar la situación de insolvencia”.

La Unión Europea ya había lanzado estas ideas en el pasado. Además de otros antecedentes más lejanos, en lo que hace más concretamente para las situaciones de insolvencia, la Comunicación de la Comisión titulada «*Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*», de 12 de diciembre de 2012, y la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 “*Sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*”, que configuran el contenido de la Directiva de 2019 y remarcaron la relevancia socioeconómica de la reestructuración

preventiva, ya advirtieron que ésta está ligada de forma evidente a la eficacia de sistemas de detección temprana de la insolvencia probable.

Efectivamente, en una Directiva comunitaria que tiene como objeto expreso los “marcos de reestructuración preventiva”, parece lógico que esas herramientas de alerta temprana sean nucleares. Su primer Considerando ya avanza que la Directiva pretende 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 en el Considerando 3º incluso se liga de forma concreta a evitar los NPL´s y proteger al sector financiero en su conjunto: *“Los marcos de reestructuración preventiva deben evitar, asimismo, la acumulación de préstamos dudosos. La disponibilidad de marcos eficaces de reestructuración preventiva permitiría tomar medidas antes de que las empresas dejen de poder hacer frente a sus préstamos, lo que contribuye a reducir el riesgo de que los préstamos se conviertan en préstamos no productivos durante las recesiones cíclicas, reduciendo así las repercusiones negativas en el sector financiero”*.

En esta prevención, las alertas tempranas juegan un papel fundamental. Se recogen en los Considerandos 17 - referido a las PYMES – 22 y 24, y se introducen en el artículo 3. La combinación de estas partes de la norma europea confirma que el marco de reestructuración, incluyendo las alertas tempranas, *“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”*. Las alertas que operen después de ese momento, cuando ya se ha entrado en el presupuesto objetivo de la insolvencia inminente o actual, no responden al objeto legal.

Y muestran que, sin perjuicio de la utilidad para todo deudor, grande o pequeño, la eficacia evidente de este tipo de mecanismos donde resulta crucial es en la pequeña y mediana empresa, que por concepto tiene muchos menos medios a su alcance para

acceder a la información necesaria y relevante, detectar y reaccionar a tiempo, superar una crisis de liquidez convertida en insolvencia probable o inminente. Aunque la gran empresa y los grupos empresariales no quedan fuera de estos mecanismos de alerta, aunque dispongan de más medios. Se trata simplemente de adaptar esas herramientas a sus dimensiones. El Considerando 22 lo explica de forma muy clara. Véase cómo, incluso, más allá del campo predictivo o de prevención, la Directiva liga la predicción de la insolvencia con un proceso más eficiente de liquidación.

Según el artículo 3, titulado en general “*Alerta temprana y acceso a la información*”, es obligación de los Estados miembros velar por que el deudor, sea de la dimensión que sea, tenga acceso a “*una o más herramientas de alerta temprana claras y transparentes que permitan detectar circunstancias que puedan provocar una insolvencia inminente y que puedan advertirle de la necesidad de actuar sin demora*”.

Más concretamente, el artículo 3.2 señala que las herramientas de alerta temprana podrán incluir lo siguiente:

“a) mecanismos de alerta en caso de que el deudor no haya efectuado determinados tipos de pagos;

b) servicios de asesoramiento prestados por organismos públicos o privados;

c) incentivos, con arreglo a la normativa nacional, para que los terceros que dispongan de información pertinente sobre el deudor, como contables, administraciones tributarias y de seguridad social, adviertan al deudor sobre cualquier evolución negativa”.

La referencia a alertas tempranas en el Considerando 17, dedicado como hemos dicho a las PYMES, que integran según reconoce la propia norma el 99% de las empresas europeas, muestra que para la Directiva todos los deudores son los destinatarios de estas herramientas, pero que en la mente del legislador, con buen criterio, se está pensando en las PYMES, que son las que más necesitan estas

herramientas predictivas. Son las PYMES las menos preparadas para reaccionar a tiempo, las más afectadas por la expulsión del mercado que deriva de cualquier reconocimiento público de la insolvencia; las más reacias a admitir falta de realismo sobre su propia criatura o la impericia, más resistentes a la autocrítica y, a la vez, las más afectadas ante la probable concurrencia de una insolvencia de la persona física afectada, que se solapa con la insolvencia de la sociedad, poco estimulada pues para proyectar en el mercado la situación mediante mecanismos puramente concursales o preconcursales.

Además, el artículo 3.3 no sólo alude al acceso a los propios mecanismos de alerta temprana, sino a algo igualmente sustancial y previo, como es el acceso a la información sobre la existencia misma de estos mecanismos, un conocimiento de tales herramientas que suele ser la causa de su escaso uso: la Directiva incluye como destinatarios de la información sobre el acceso a estos mecanismos de alerta, no sólo al deudor mismo, sino también, por su relevancia a estos efectos, a los representantes de los trabajadores (véase Cdo. 23), a los que se permite expresamente el acceso a la información económica del deudor³; y para todos ellos impone al Estado miembro la obligación de asegurar que, de nuevo especialmente desde las PYMES, se tenga acceso a esta información mediante servicios en línea, de forma fácil y sencilla.

La lista de alertas tempranas del artículo 3 de la Directiva no es exhaustiva, es meramente ejemplificativa, lo que corresponde con una norma comunitaria de mínimos. Las alertas recogidas son, además, muy heterogéneas entre sí: (i) mecanismos de alerta, que no se concretan, en caso de que el deudor no haya efectuado determinados pagos, que como describe el Considerando 22 se refiere

³ Considerando 23 de la Directiva: *“En un intento de reforzar el apoyo a los trabajadores y a sus representantes, los Estados miembros deben velar por que se permita a los representantes de los trabajadores acceder a información pertinente y actualizada sobre la disponibilidad de herramientas de alerta temprana y también deben tener la posibilidad de prestar asistencia a los representantes de los trabajadores a la hora de evaluar la situación económica del deudor”*.

mayormente a los créditos públicos⁴, aunque podrían incluirse igualmente los laborales; (ii) servicios de asesoramiento prestados por organismos públicos o privados; e (iii) incentivos, que tampoco se aterrizan, para que quien tenga información del deudor (contable, fiscal y seguridad social) advierta al deudor sobre cualquier evolución negativa de su negocio.

No puede decirse que la Ley 16/2022, de trasposición, no haya recogido estos mandatos. Pero, aunque existían otros modelos en el Derecho comparado, y se propusieron mecanismos de más alcance (por ejemplo en el propio Informe a la ley de reforma del CGPJ, que puso sobre la mesa otros canales institucionales de información y asesoramiento como los provenientes de colegios profesionales, asociaciones empresariales, cámaras de comercio, CIRCE...), se ha optado por introducir al final de la reforma, en disposiciones adicionales y finales, estrictamente lo necesario para cumplir con el mandato europeo. El resultado es un sistema de alerta temprana meramente formal y abstracto, no vinculante ni obligatorio, basado en magnitudes poco seguras o fiables, muy alejado de las prácticas diarias de las empresas, menos aún de las PYMES, un sistema de alerta temprana que no profundiza en el negocio concreto y destinado en la práctica a su inaplicación, como efectivamente está ocurriendo.

La Ley 16/2022, tras señalar que estas herramientas son una de las principales novedades de la Directiva de la Unión, como vimos, señala en su preámbulo que se establecerán servicios de asesoramiento gratuito y confidencial a empresas en dificultades para posibilitar el asesoramiento a pequeñas y medianas empresas en un estadio temprano de dificultades, y que se mantendrá la página web de «autodiagnóstico de salud empresarial» del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, que ya dispone de acceso libre y gratuito.

⁴ Considerando 22 de la Directiva: *“Las herramientas de alerta temprana que adoptan la forma de mecanismos de alerta que indican cuándo el deudor no ha efectuado determinados tipos de pago podrían activarse, por ejemplo, debido a un impago de impuestos o de las cotizaciones de la seguridad social”*.

En efecto, por un lado, la Disp. Adicional 5.^a de la ley de reforma 16/2022, ordena al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo mantener este servicio de autodiagnóstico, una herramienta ya existente destinado a evaluar la “*situación de solvencia*” - un concepto propio no necesariamente coincidente con el concursal - pero de nulo éxito y por completo desconocida para las empresas (<http://saludempresarial.ipyme.org>). El que se haya recogido en el TRLC como mecanismo de alerta temprana no ha servido en absoluto para que se dispare su uso a este efecto, tampoco para que, al menos, sea más conocida por las PYMES.

Por su parte, la Disp. Adicional 7.^a de la Ley 16/2022, que se titula “*(i)nformación por los registradores mercantiles*”, ordena al Gobierno, en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley (26 de septiembre de 2022) que determine “*las condiciones y requisitos bajo los cuales el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, pondrá a disposición del administrador societario que lo solicite un informe sobre la posición de riesgo de la sociedad en base a la información contenida en las cuentas*”. El Colegio de Registradores, como encargado de la gestión del Registro Público Concursal, tiene acceso a todas las situaciones concursales y preconcursales a las que normativamente se les debe dar publicidad.

Este “*informe sobre la posición de riesgo*” del Colegio de Registradores, destinado a los registradores mercantiles, ya está igualmente disponible, puede consultarse en su web del registro online, dentro de la página dedicada al Registro Mercantil. Los destinatarios son, como marca la norma, los propios administradores sociales, no los acreedores, ni los trabajadores ni sus representantes, y el servicio del Registro Electrónico permite la consulta on-line de toda la información inscrita (incluidas cuentas depositadas) de una sociedad mercantil cualquiera.

Como informa Registradores de España, con toda la información disponible se ha definido un modelo de categorización (sistema de semáforo), que clasifica cualquier empresa de acuerdo a su similitud con una sociedad insolvente. Para la evaluación del modelo, de las más de 900.000 observaciones disponibles, se han seleccionado,

por calidad de la información, más de 650.000 depósitos de cuentas. Y de las más de 650.000 sociedades consideradas, alrededor de 85.000 han sido clasificadas como insolventes según los distintos criterios adoptados.

Las variables son las derivadas de la información contable disponible en el registro. El sistema semafórico aplica estas variables (como son la falta de depósito de cuentas más allá de un año, el tamaño de la sociedad, stock, activo y pasivo, su actividad y localización, la estructura de activo y endeudamiento, los gastos operativos, su liquidez y resultados de explotación, neto y financiero), y hace una comparación entre magnitudes del último ejercicio disponible y el precedente.

Véase con detenimiento, por su relevancia en orden a la clasificación puramente concursal, de qué insolvencia parte este pretendido sistema de alerta temprana: el sistema del Registro Mercantil no procura clasificaciones ajustadas al artículo 2 o al artículo 584 del TRLC, sino que se hacen informes de riesgo en base a la *similitud* (sic) con las empresas insolventes. De hecho, los Registradores manejan para este informe un concepto distinto de insolvencia, más amplio que el legal. A efectos del informe sobre la posición de riesgo, se usa una definición de sociedad insolvente que incluye a las sociedades ya inmersas en un procedimiento concursal o que ya han iniciado un procedimiento preconcursal, por lo que no tiene eficacia como sistema de alerta temprana; así como las sociedades inscritas en el Registro Mercantil como “deudor fallido” (artículos 61.1 y 62.3 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación) y las sociedades con patrimonio neto negativo. Ninguna de estas dos últimas, sin embargo, necesariamente son insolventes en el sentido técnico (art. 2 TRLC), aunque sí pueden arrojar alguna pista sobre una insolvencia probable. Cualquier otra sociedad distinta a las anteriores se reputa directamente como “sociedades sanas”. Por tanto, una empresa que no tiene patrimonio neto negativo, que no ha sido ya calificada en el Registro Mercantil de deudor fallido, ni está inmersa en un proceso concursal ni preconcursal, es para este mecanismo una sociedad sana y sin problemas. La inutilidad del sistema para una alerta temprana, realmente predictiva cuando sólo

acontecen las primeras tensiones de liquidez y asoman algunas sombras en el horizonte, en un escenario temporal de dos años, es palmaria.

El sistema registral de alerta temprana, por tanto, puede arrojar alguna pista derivada de la información existente (o de su inexistencia) a nivel contable, que desde luego no es desdeñable, pero está muy lejos de servir realmente al objeto propuesto por la Directiva de la Unión. Mucho menos si ni siquiera se abre a los acreedores y los trabajadores.

Debe citarse además la Disp. Final 12^a de la Ley 16/2022, dedicada al “(a)sesoramiento a empresas en dificultades”, según la cual el Gobierno promoverá *“la prestación de servicios de asesoramiento a pequeñas y medianas empresas en dificultades en un estadio temprano de dificultades con el propósito de evitar su insolvencia. Este servicio se prestaría a solicitud de las empresas, tendrá carácter confidencial y no impondrá obligaciones de actuación a las empresas que recurran a él ni supondrá asunción de responsabilidad alguna para los prestadores del servicio”*. El Proyecto de Ley de reforma del TRLC era más concreto y preveía, en seis meses, un reglamento para regular la prestación de este asesoramiento. Un nuevo sistema pues de autodiagnóstico destinado a las empresas afectadas, no a terceros con interés legítimo, que de entrada trata de blindarse de dos formas: confidencialidad e inmunidad, tanto para el destinatario, para el cual la consulta efectuada no le genera obligaciones, como para quien preste el servicio de asesoramiento, por muy deficiente que éste haya sido.

Este servicio, no concretado, de asesoramiento empresarial que puede provenir, como dijo la Directiva, tanto del sector público como del sector privado, contrasta con la indudable responsabilidad del deudor y de sus administradores, no sólo concursal, sino societaria. Uno de los puntos sin duda más relevantes en este momento en el Derecho Mercantil patrio, a mi juicio, es cómo calibrar adecuadamente la responsabilidad de los administradores sociales en la fase de insolvencia probable, sobre todo una vez decidido el legislador español por no desarrollar de forma específica, y por tanto remitir a las instituciones ya existentes,

lo previsto en el Considerando 70⁵ y el artículo 19 de la Directiva⁶, que de modo revolucionario en mi opinión, consagra por fin que uno de los intereses sociales, de la empresa, que es obligado proteger por el administrador y al que se debe igualmente en esa situación de crisis temprana, es precisamente el interés del acreedor. Sea como fuere, y sin perjuicio del efecto en la aplicación de los artículos 236, 241 y 367 de la LSC, en el terreno puramente concursal, el hecho de que el uso de ese sistema de asesoramiento previo, sea el que sea, no imponga obligaciones al empresario que consulta según la Disp. Final 12^a de la Ley 16/2022, no puede en modo alguno hacer olvidar que el reloj de la responsabilidad concursal en sede

⁵ Considerando 70: “Para seguir promoviendo la reestructuración preventiva, es importante garantizar que no se disuade a los administradores sociales de tomar decisiones empresariales razonables o asumir riesgos comerciales razonables, sobre todo cuando ello mejoraría las posibilidades de una reestructuración de empresas potencialmente viables. En caso de que la sociedad experimente dificultades financieras, los administradores sociales deben tomar medidas para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia, como las siguientes: buscar asesoramiento profesional, en particular en materia de reestructuración e insolvencia, por ejemplo utilizando las herramientas de alerta temprana cuando proceda; proteger el patrimonio de la sociedad a fin de incrementar al máximo su valor y evitar la pérdida de activos clave; examinar, a la luz de la estructura y las funciones de la empresa, su viabilidad y reducir gastos; evitar comprometer a la empresa en transacciones que puedan ser objeto de revocación, a menos que exista una justificación empresarial adecuada; seguir comerciando cuando sea adecuado hacerlo con el fin de maximizar el valor de la empresa en funcionamiento; mantener negociaciones con los acreedores e iniciar procedimientos de reestructuración preventiva”.

⁶ Artículo 19: “Obligaciones de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente.

Los Estados miembros 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”.

calificación (art. 444.1.º TRLC) se sigue activando como impone el artículo 5 del TRLC, o que según el artículo 487.1.6º del mismo TRLC, que apartado de toda posible exoneración del pasivo insatisfecho el deudor negligente o temerario, incluyéndose expresamente en ese concepto de culpa o temeridad el hecho de que el empresario haya utilizado o no las herramientas de alerta temprana puestas a su disposición por las Administraciones Públicas, a lo que puede equiparse el que las haya consultado para seguidamente ignorarlas. El carácter pretendidamente neutral y aséptico del sistema de asesoramiento temprano de la DF 12ª debe ponerse, pues, en cuarentena.

Finalmente, la reforma de 2012 (Disp. Final 5ª) introduce en la LEC el nuevo artículo 589.3, aunque advierte de entrada la Ley 16/2022 que ni siquiera es un sistema de alerta temprana, sino tardía. Muy tardía, de hecho. Recoge este precepto que si el ejecutado no señalare bienes susceptibles de embargo o el valor de los señalados fuera insuficiente para el fin de la ejecución, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto *“advirtiendo al ejecutado de que, en caso de probabilidad de insolvencia, de insolvencia inminente o de insolvencia actual, puede comunicar al juzgado competente el inicio o la voluntad de iniciar negociaciones con acreedores para alcanzar un plan de reestructuración, con paralización de las ejecuciones durante esa negociación en los términos establecidos por la ley; y que, si encontrándose en estado de insolvencia actual no lo hace, tiene el deber de solicitar la declaración de concurso de acreedores dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer ese estado de insolvencia”*.

La admonición del Letrado de la Administración de Justicia al ejecutado en tales casos, por tanto, acontece en una fase tan posterior de la insolvencia (de hecho, las ejecuciones individuales infructuosas figuran reconocidas en la LC como hechos de la quiebra desde 2004, como antes lo eran en la legislación derogada en 2004), que no se justifica que se trate este tema en la Ley 16/2022 al hilo de las herramientas de alerta temprana, pues en modo alguno lo es. La mayor eficacia de esta admonición

procedente del Juzgado será, sin duda, la comunicación previa de negociaciones para cerrar el paso a las ejecuciones y el consiguiente concurso. Es decir, un acelerante.

Como vemos, por tanto, la implementación de la Directiva no ha traído consigo un auténtico sistema de alerta temprana disponible para los empresarios, aún menos para las PYMES. Son mecanismos estrictamente voluntarios y de autodiagnóstico del deudor, muy alejados, debe insistirse, del funcionamiento de las empresas, ajenos a la experiencia y conocimientos del empresario, formales y basados en información incompleta y con fuentes poco fiables, a menos que se quiera dar a las cuentas depositadas un valor de certeza del que carecen, y además cerrados a los acreedores o a los representantes de los trabajadores.

Ya existían además instrumentos parecidos, a instancias del propio deudor, aunque igualmente poco estimulantes y tardíos. Por ejemplo, la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, tratando de recortar la asimetría informativa de las PYMES, establece (art. 1) la obligación de las entidades de crédito de notificar a éstas, por escrito y con antelación suficiente (tres meses), su decisión de cancelar o reducir significativamente (un 35% o más) el flujo de financiación que les haya venido concediendo. De esta manera, la PYME debería disponer de tiempo suficiente para encontrar nuevas vías de financiación o para ajustar su gestión de tesorería, de forma que tal interrupción o reducción de la fuente de crédito no genere sorpresivos problemas de liquidez que dificulten o incluso imposibiliten cualquier reajuste.

Este preaviso se acompaña de la obligación de la entidad de crédito de facilitar a la PYME, si ésta lo pide dentro de los diez días siguientes a recibir ese preaviso, gratuitamente, en un formato estandarizado según los criterios del Banco de España (Circular 6/2016 de 30 de junio), información sobre su situación financiera e historial de pagos y su calificación crediticia, basado en la metodología común y modelos que a estos efectos elabora el Banco de España, el llamado en el artículo 2 “Información Financiera PYME”. La PYME, fuera de ese caso, también puede pedir dicha Información, pero en tal caso es de pago.

Evidentemente, el conocimiento que las entidades financieras tiene sobre la empresa será útil y relevante, pero salta al paso rápidamente que la información se proporciona sólo cuando la financiación ha sido rechazada o sensiblemente reducida, por lo que su valor como herramienta temprana es muy escaso. Fuera de esos casos, al poder exigirse un precio por la entidad financiera, el estímulo del empresario para pedir el informe es igualmente muy reducido, más aún con la amenaza latente de que el resultado de ese informe voluntario sea precisamente la espoleta para activar la alarma y el estigma ligado a la insolvencia.

Es preciso pues comenzar de verdad la construcción de esta tercera etapa del Derecho concursal nacional, que está aún por nacer y expandirse. El Gobierno debe partir del mandato recibido de la Directiva, en modo alguno exhaustivo, de mínimos y de principios básicos, y abordar de una vez esta última fase, que en realidad es la primera: un sistema real de alerta temprana, verdaderamente predictivo, que impida de forma precoz el avance de las insolvencias inminentes y actuales, proteja el sistema productivo y al sector financiero y evite los concursos de acreedores meramente liquidativos. El propio éxito de los planes de reestructuración, con empresarios que manejan de forma eficiente los mecanismos de alerta temprana, se aseguraría de esta forma, con menos sacrificios y pérdidas para los afectados.

Los modelos existen y deben ser objeto de análisis por el legislador español. Algunos autores ya han expuesto estas alternativas⁷, generalmente citando los precedentes

⁷ COHEN BENCHECRIT, A. Dirección “*Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España*”, VIÑUELAS SANZ, M “*La importancia de los sistemas de alerta temprana. Régimen vigente y funcionamiento*”, Aranzadi Civitas, 9 de enero de 2023. O IRIARTE IBARGÜEN, A. “*Detección de insolvencias: alertas tempranas*”, Diario La Ley nº 9573, 13 de febrero de 2020, Wolters Kluwer. También LADO CASTRO-RIAL, C. “*Alertas tempranas y Administraciones públicas en la Directiva 2019/1023 de reestructuración*”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº33, 2020, págs. 235-248. O LLORET, J. CAICOYA J Y LORENTE R. “*Alertas tempranas. La aplicación a la situación en España. Las herramientas de autodiagnóstico para la alerta temprana en situaciones de distress empresarial*” Diario La Ley, nº 9640, 2020.

de Francia, Italia, Alemania y Dinamarca, aunque quizás los más relevantes sean el francés, el italiano y el danés. En el sistema francés, pionero en estas lides desde los años 80, actualizado en 2021, los mecanismos son variados (a instancias de los auditores, de los socios, del tribunal de comercio, órganos públicos ad hoc, cámaras, entidades financieras), pero señalemos el primero, que nade de la propia empresa, pero no del empresario: los auditores deben advertir al órgano de administración de la compañía si detectan circunstancias que pudieran poner en peligro su continuidad, y la consiguiente deliberación en el consejo de administración tiene que comunicarse al comité de empresa y también al Tribunal de Comercio, que a pesar de su denominación en primera instancia no está formado por jueces profesionales, sino por pares, comerciantes o empresarios que se supone cuentan con la experiencia suficiente como para valorar las medidas que adopta el órgano de administración. Si se entienden que no son medidas adecuadas a la vista de la crisis detectada, pueden llegar a convocar la junta general de socios a ese efecto, y pedir un informe especial de los auditores, o convocar una vista *ad hoc* para adoptar medidas tanto de investigación como de saneamiento. Como vemos, y así lo expresa la doctrina española, un sistema muy formal, limitado al sector empresarial obligado al nombramiento de auditores⁸, con una importante dosis burocrática, poco compatible con el sistema de la Directiva para la fase preconcursal y no susceptible de adaptación en España.

El sistema italiano, recogido en la nueva ley concursal de 2019 y actualizado recientemente en trasposición de la Directiva (junio de 2022), se inicia igualmente con un aviso de los auditores internos o externos a los administradores, pero también a raíz de una comunicación al deudor de los acreedores públicos: si el deudor no reacciona ante estos avisos, se debe informa a un organismo público *ad hoc*, llamado “Organismo di composizione della crisi d’impresa” (OCRI), que tiene la capacidad de instar medidas en un procedimiento extrajudicial o facilitar el acuerdo con los acreedores. En este sentido, cabe reseñar la nueva institución introducida en 2021

⁸ Deben superar a este efecto dos de estos tres umbrales: 4 millones de euros de balance, 8 millones de cifra de negocio o 50 trabajadores.

por el ordenamiento italiano y llamada “composición negociada para la resolución de la crisis empresarial”, un sistema de negociación asistida. Sin embargo, si la empresa no cuenta con un órgano independiente que haga de supervisor, o no llega a los umbrales necesarios para el nombramiento del auditor, el sistema no tiene demasiado alcance, sin perjuicio del efecto estigmatizante que sigue produciendo el OCRI.

El sistema que, sin embargo, se reputa como más exitoso es el danés, precisamente en virtud a su carácter más informal y próximo a la realidad de la empresa. El sistema danés, denominado Early Warning Denmark, no es otra cosa que una red de expertos, generalmente voluntarios, que realizan el diagnóstico de las empresas que lo solicitan y que derivan a los empresarios a ciertos mentores para ayudarles a adoptar las medidas menos gravosas o a liquidar de una forma eficiente. El sistema se apoya en sistemas de monitorización con herramientas de “machine learning” y “big data”, que se orientan a detectar las señales de distress en las cuentas anuales.

El éxito del modelo danés ha traspasado la frontera del país y se ha concretado en una red europea, Early Warning Europe (EWE), en la que se han integrado ya algunas instituciones españolas, como ATA, cámaras de comercio o direcciones generales de alguna comunidad autónoma (Madrid y Cantabria)⁹.

Mientras estos avances, ciertamente necesarios e ineludibles, los sistemas de alerta temprana descansan sobre las espaldas de los propios empresarios, y por supuesto,

⁹ EWE se conforma con dos redes. La primera y esencial es la orientada a crear un sistema público/privado de salud empresarial, basados en una suerte de centros de atención primaria (públicos/privados) que diagnostican la situación del emprendedor, determinan su gravedad, y si la atención que necesita la empresa es más especializada o precisa de mayores recursos, se deriva a los especialistas, es decir, los mentores remitidos al empresario y que le acompañan en su proceso de sanación y eliminación de riesgos. Éñon al emprendedor en su «recuperación» o incluso en los cuidados paliativos. Todo el programa es gratuito para el empresario/emprendedor y los mentores se acogen voluntariamente y sin remuneración. La segunda red es la destinada a los fines institucionales y de sensibilización de la opinión pública y de los responsables políticos.

de sus asesores. Hoy por hoy, sin ese asesoramiento privado proveniente de auditores, economistas, censores, titulados, abogados, asesores..., tanto internos como externos, las alertas tempranas en las empresas, más aún en las PYMES, sólo son un *desideratum*. Seguimos en la mesa, pues, de los recursos predictivos de la ciencia económica y empresarial. No puedo entrar en ellos por razones evidentes de espacio y, por supuesto, de formación¹⁰. Las empresas deben usar indicadores, marcadores y ratios más que conocidos (los fondos propios y el patrimonio neto, el índice del servicio de cobertura de la deuda, el acid test, los índices de rentabilidad, los resultados de la explotación, el coste del personal, el ratio de endeudamiento, la cobertura de los intereses, el apalancamiento financiero, el examen sobre dotaciones y provisiones, las existencias, la recuperación de deuda y saldos dudosos, los flujos de efectivo...), y los modelos predictivos disponibles en la ciencia económica, cuantitativos y cualitativo e híbridos, internacionales (el Z-score de Edward Altman y sus actualizaciones, Fulmer, Springate y nacionales (Vicente García, Oriol Amat, catedráticos de economía aplicada).

Véase aplicaciones de este tipo de modelos predictivos, apoyados en la información contable a este efecto, como el modelo diseñado por el Consejo General de Economistas, que la Ley 16/2022 ha optado por no recoger, híbrido entre el asesoramiento y el autodiagnóstico y orientado a las PYMES y los autónomos.

La clave está en entender que, tras la publicación de la Directiva de la Unión Europea y la reforma operada en el TRLC, es absolutamente prioritario que esta información, de eficacia ya contrastada, sea manejada por el empresario de forma diligente en aras a evitar perjuicios a los acreedores y esquivar su propia insolvencia inminente o actual. Es el siguiente paso ineludible para nuestro derecho de la insolvencia. Y no se dará sin más, por el mero transcurso del tiempo. Debe darse el paso definitivo de

¹⁰ Ver por ejemplo AZNAR GINER, E, CALVÉ PÉREZ M. y BOSCH SÁNCHEZ, A. “Reestructuraciones, alertas tempranas, proximidad de insolvencia y administradores sociales”, y ZUBIZARRETA URCELAY, V y otros, “Las reestructuraciones desde una perspectiva económica y financiera”, en “Reestructuraciones en insolvencia”, Coord. AZNAR E. y ZUBIZARRETA V, 15 de febrero de 2023, Tirant lo Blanch.

constituir la atención interna a los sistemas de alerta temprana como un deber del empresario y de sus administradores, y por tanto, sujeto a responsabilidad. Un deber de diligencia que debería hacerse explícito en la LSC y, además, vigente por periodos que vayan más allá del deber anual derivado de la formulación y la aprobación de las cuentas anuales, pues un año entero puede traducirse en la inexistencia del control capaz de detectar la insolvencia probable. Pretender, sin embargo, que las PYMES - el 99% del tejido empresarial español - hagan esto sin contar con sistemas eficaces de alerta temprana, al modo que hemos visto existen en los países de nuestro entorno, parece algo destinado al fracaso, una renuncia injustificable.