

A transposição da Diretiva 2019/1023

# Reestruturação de empresas e exoneração do passivo restante em Portugal e Espanha

## Reestructuración de empresas y exoneración de deuda en Portugal y España

Coordenadores

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS · CARLOS GÓMEZ ASENSIO







I  
•  
J

O presente livro foi realizado no âmbito das actividades da Área de Investigação “Risco, Transparência e Litigiosidade”, integrada no projecto «Desafios Sociais, Incerteza e Direito: Pluralidade | Vulnerabilidade | Indecidibilidade» do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UIDB/04643/2020).

#### EDIÇÃO

Instituto Jurídico  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

#### CONCEPÇÃO GRÁFICA

Tipografia Lousanense, Lda.

#### CONTACTOS

geral@ij.uc.pt  
www.uc.pt/fduc/ij  
Colégio da Trindade | 3000-018 Coimbra

#### ISBN

978-989-9075-45-0

#### e-ISBN

978-989-9075-46-7

#### DOI

[https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao\\_empresas/livro](https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/livro)

© MARÇO 2023

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito | Universidade de Coimbra

# Reestruturação de empresas e exoneração do passivo restante em Portugal e Espanha

## Reestructuración de empresas y exoneración de deuda en Portugal y España

Coordenadores

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS · CARLOS GÓMEZ ASENSIO

1 2 9 0



INSTITUTO JURÍDICO  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE  
COIMBRA



# Índice

NOTA DE ABERTURA <i>Alexandre de Soveral Martins / Carlos Gómez Asensio</i> .....	ix
<b>PARTE I</b>	
<b>A TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA 2019/1023 EM ESPANHA E PORTUGAL. COMENTÁRIO GLOBAL</b>	
<b>LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1023 EN ESPAÑA Y PORTUGAL. COMENTARIO GENERAL</b> .....	1
A HARMONIZAÇÃO DO DIREITO DA REESTRUTURAÇÃO E DA INSOLVÊNCIA A PARTIR DO EXEMPLO PORTUGUÊS: “PERCALÇOS” DA TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA 2019/1023 PELA LEI N.º 9/2022 <i>Catarina Serra</i> .....	3
EL COSTE DE LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA <i>Ana Belén Campuzano</i> .....	23
<b>PARTE II</b>	
<b>SUSPENSÃO DAS MEDIDAS DE EXECUÇÃO E PREPARAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO</b>	
<b>SUSPENSIÓN DE LAS MEDIDAS DE EJECUCIÓN Y PREPARACIÓN DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN</b> .....	59
SUSPENSÃO DAS MEDIDAS DE EXECUÇÃO E PREPARAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO: SITUAÇÃO EM PORTUGAL <i>Alexandre Soveral Martins</i> .....	61
LA COMUNICACIÓN DE APERTURA DE NEGOCIACIONES CON LOS ACREEDORES <i>Carlos Gómez Asensio</i> .....	77
<b>PARTE III</b>	
<b>REESTRUTURAÇÃO E APROVAÇÃO DO PLANO</b>	
<b>REESTRUCTURACIÓN Y APROBACIÓN DEL PLAN</b> .....	101
O NOVO REGIME DE APROVAÇÃO DO PLANO NO PER, APÓS A TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA (UE) 2019/1023 <i>Paulo de Tarso Domingues</i> .....	103

MODIFICACIONES ESTRUCTURALES Y PLANES DE REESTRUCTURACIÓN	
<i>Edgar Saíz Aznar</i> .....	127
<b>PARTE IV</b>	
<b>DEVERES DOS ADMINISTRADORES ANTES DA INSOLVÊNCIA</b>	
<b>DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES ANTES DE LA INSOLVENCIA</b>	149
DEVERES DOS ADMINISTRADORES ANTES DA INSOLVÊNCIA	
<i>Jorge Manuel Coutinho de Abreu</i> .....	151
LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1023 Y SU INFLUENCIA EN EL ESTATUTO JURÍDICO DEL ADMINISTRADOR EN LA CRISIS EN ESPAÑA	
<i>Eva Recaman Graña</i> .....	157
<b>PARTE V</b>	
<b>EXONERAÇÃO DO PASSIVO RESTANTE</b>	
<b>EXONERACIÓN DE DEUDAS</b> .....	177
A EXONERAÇÃO DO PASSIVO RESTANTE E A LEI N.º 9/2022: ALTERAÇÕES DE REGIME, PROBLEMAS RESOLVIDOS, PROBLEMAS CRIADOS E PROBLEMAS IGNORADOS	
<i>Maria de Fátima Ribeiro</i> .....	179
LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1023 EN MATERIA DE EXONERACIÓN DE DEUDAS: UNA VISIÓN LUSO-ESPAÑOLA	
<i>Álvaro Sendra Albiñana</i> .....	203
<b>PARTE VI</b>	
<b>COMUNICAÇÕES</b>	
<b>COMUNICACIONES (CALL FOR PAPERS)</b> .....	223
LA INCORPORACIÓN DE LA ALERTA TEMPRANA EN LA DIRECTIVA 2019/1023 Y LOS SISTEMAS ACTUALES DE ALERTA TEMPRANA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y PORTUGUÉS	
<i>Ana Rivas Aragón</i> .....	225
LA DEBIDA DILIGENCIA DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA INMINENTE EN ESPAÑA Y PORTUGAL	
<i>Cecilio Molina Hernández</i> .....	241
O DEVER DE APRESENTAÇÃO À INSOLVÊNCIA NA TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA (UE) 2019/1023	
<i>Igor Silva de Lima</i> .....	255

LA ADOPCIÓN DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN PREVENTIVA POR LOS SOCIOS <i>Maria Salomé Lorenzo Camacho</i> .....	269
LA VENTA DE UNIDAD PRODUCTIVA MEDIANTE PRE-PACK CON- CURSAL: RÉGIMEN ESPAÑOL Y PORTUGUÉS <i>Roberto Rivas Urbina</i> .....	287



## Nota de Abertura

No dia 3 de junho de 2022 realizou-se na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra o Congresso Luso-Espanhol sobre a transposição da Diretiva 2019/1023. A Capela do Colégio da Trindade e o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra acolheram então alguns dos mais conhecidos e lidos especialistas ibéricos em Direito da Recuperação de Empresas e da Insolvência, que se ocuparam em debater as soluções de cada país para adaptar o respetivo ordenamento jurídico às novas normas europeias. Houve também a oportunidade de ouvir, através das palavras de Ondrej Vondracek, informações acerca dos caminhos que a União Europeia poderá vir a traçar.

A iniciativa, que resultou de uma cooperação estreita entre a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Departament de Dret Mercantil da Universitat de València, conduziu a este livro, contendo não só os textos resultantes das conferências proferidas, mas igualmente os das comunicações que nos foram trazidas no âmbito da *call for papers* destinada a jovens investigadores de Portugal e de Espanha.

São esses resultados que vemos agora publicados e que convidamos a ver como um abraço transfronteiriço de solidariedade académica e institucional.

Coimbra/Valência, em 18 de novembro de 2022.

A Coordenadora da Área Risco, Transparência e Litigiosidade

*Maria João Antunes*

(Professora Catedrática/FDUC)

Os membros da Comissão Científica do Congresso

*Alexandre Soveral Martins*

*Carlos Gómez Asensio*

(Professor Associado/FDUC) (Profesor Titular/Universitat de València)



---

PARTE I

---

**A TRANSPOSIÇÃO  
DA DIRECTIVA 2019/1023  
EM ESPANHA E PORTUGAL.  
COMENTÁRIO GLOBAL**

**LA TRANSPOSICIÓN  
DE LA DIRECTIVA 2019/1023  
EN ESPAÑA Y PORTUGAL.  
COMENTARIO GENERAL**



# A harmonização do direito da reestruturação e da insolvência a partir do exemplo português: “Percalços” da transposição da directiva 2019/1023 pela lei n.º 9/2022

[https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao\\_empresas/parte01\\_1](https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte01_1)

CATARINA SERRA\*

*Resumo:* A lei de transposição da Directiva sobre reestruturação e insolvência para o Direito português apresenta diversas deficiências. Estas poderiam ter sido evitadas se tivesse sido dado tempo para preparar e debater a transposição. Analisam-se três exemplos: a formação de categorias, a “paralisação” da obrigação de apresentação à insolvência e o impacto dos processos de insolvência e de pré-insolvência nas cláusulas *ipso facto*.

*Palavras-chave:* Directiva sobre reestruturação e insolvência, lei de transposição, formação de categorias, obrigação de apresentação à insolvência, suspensão das medidas executivas, cláusulas *ipso facto*

*Abstract:* The law transposing the Directive on restructuring and insolvency into Portuguese law has several shortcomings. These could have been avoided if it had been given time to prepare and discuss the transposition. Three examples are analyzed: the formation of classes, the suspension of the duty to file for insolvency and the impact of insolvency and pre-insolvency proceedings on *ipso facto* clauses.

*Keywords:* Directive on restructuring and insolvency, transposition, formation of classes, duty to file for insolvency, stay of individual enforcement actions, *ipso facto* clauses

---

\* Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça desde 2018. Professora da Universidade do Minho com contrato na situação prevista no artigo 73.º do ECDU.

*Sumário:* 1. Sobre o processo de transposição. 2. Sobre a Lei n.º 9/2022 (o seu alcance). 3. Formação de categorias no PER. 4. Obrigação de apresentação à insolvência (e o período da suspensão das acções executivas). 5. Cláusulas *ipso facto*. 6. Considerações finais na óptica *from future backwards*

## 1. Sobre o processo de transposição

Como é do conhecimento geral, a transposição da Directiva sobre reestruturação e insolvência (doravante apenas Directiva)<sup>1</sup> para o Direito português foi efectuada pela Lei n.º 9/2022, de 9 de Janeiro, em vigor desde 9 de Abril.

É sabido que a transposição da Directiva para o Direito português foi feita em pouco tempo, o que quer dizer sem (possibilidade de) grande reflexão prévia.

Pode invocar-se a razão COVID-19, mas isso atenua a culpa e não justifica o “crime”. As grandes linhas da Directiva são conhecidas pelo menos desde a Recomendação da Comissão de 12 de Março de 2014<sup>2</sup>.

Algumas das medidas da Directiva têm um grau de novidade e um grau de complexidade acentuados e, por vezes mesmo, algum sincretismo, que é agravado por uma má tradução da versão portuguesa.

Acresce que a própria Directiva não disponibiliza um modelo de reestruturação preventiva, limitando-se a prever medidas avulsas com que os Estados-membros devem ou podem compor o regime nacional.

---

<sup>1</sup> Trata-se, mais precisamente, da Directiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Junho de 2019 sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, e que altera a Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestruturação e insolvência). Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32019L1023>> [1.08.2022]. Sobre a Directiva, em traços largos, cfr. Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, 554 e s., esp. 560 e s.

<sup>2</sup> Trata-se, evidentemente, da Recomendação da Comissão de 12 de Março de 2014 sobre uma nova abordagem em matéria de falência e de insolvência das empresas. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/LSU/?uri=celex%3A32014H0135>> [1.08.2022]. Para uma referência geral à Recomendação cfr. Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 556 e s.

Tudo isto fazia antever uma transposição muito difícil e concorre para que a transposição para o Direito português não tenha sido a melhor possível. Registam-se algumas discrepâncias, desconformidades e até desvios em relação ao que impunha a Directiva.

Mesmo sem comparar transposições (a transposição para o Direito português com a transposição para o Direito espanhol, *etc.*), só partindo do exemplo português, já é possível duvidar-se de que a Directiva venha a realizar a tão ambicionada harmonização do Direito da insolvência.

## 2. Sobre a Lei n.º 9/2022 (o seu alcance)

O alcance da Lei n.º 9/2022 corresponde, *grosso modo*, ao alcance da Directiva sobre reestruturação e insolvência e reflectido no seu título, mais precisamente as referências aos “regimes de reestruturação preventiva” e do “perdão das dívidas e as inibições”.

As alterações com maior impacto são, portanto, ao nível do Processo Especial de Revitalização (PER) e – com carácter mais aparente do que real – da exoneração do passivo restante.

As alterações restantes, no domínio do processo de insolvência, são residuais e, na sua maioria, dirigidas a esclarecer os pontos que suscitavam controvérsia – feitas nem tanto *por causa* mas mais *por ocasião* da transposição da Directiva.

Como se disse, em diversos pontos o regime adoptado em cumprimento do dever de transposição apresenta discrepâncias, desconformidades ou desvios relativamente ao disposto na Directiva.

Ilustre-se com três exemplos: a formação de categorias, a “paralisação” da obrigação de apresentação à insolvência e o impacto dos cenários de insolvência e de pré-insolvência no conteúdo dos contratos.

## 3. Formação de categorias no PER

A matéria convoca, por um lado, os artigos 17.º-C, n.º 3, alínea *d*), e n.º 4, e 17.º-F, n.º 1, alíneas *c*), *d*) e *e*), n.º 5, alínea *a*), *i*) a *iv*), e n.º 7, alínea *a*), do CIRE e, por outro lado, os artigos 9.º e 11.º e os considerandos 43 a 47 e 53 a 56 e 58 da Directiva, bem como os artigos 2.º, n.º 1, 2), 3) e 6), da Directiva.

A possibilidade de tratamento das partes afectadas em categorias é, sem dúvida, a matéria que merece maior destaque no regime do PER.

Como já houve oportunidade de dizer, a possibilidade de tratamento em categorias tem duas grandes virtualidades: converte a aprovação do plano numa operação certificadora da sua aptidão para satisfazer uma maioria diversificada de interesses (em vez de a perpetuar como mera operação quantitativa) e facilita, na prática, a reestruturação preventiva, já que é mais fácil, em princípio, dar por verificadas as condições de homologação quando os indivíduos estão agrupados em categorias, pela simples razão de que, entre outras coisas, não é preciso confrontar o tratamento de cada indivíduo com o tratamento dos restantes; é suficiente confrontá-lo com o tratamento dos indivíduos da mesma categoria ou das categorias com o mesmo grau<sup>3</sup> <sup>4</sup>.

O ordenamento jurídico português era um dos poucos em que a medida nunca havia sido ensaiada<sup>5</sup>, pelo que a sua conformação há-de ter consumido parte significativa do tempo do legislador português – sem grandes resultados, porém. Veja-se.

De acordo com a lei portuguesa, existem hoje duas classificações dos credores (*rectius*: das partes afectadas pela reestruturação): uma obrigatória, em classes (baseada na classificação dos créditos do artigo 47.º do CIRE), e uma facultativa, em categorias (baseada no critério da suficiente comunhão de interesses).

---

<sup>3</sup> Cfr., neste sentido, Catarina SERRA, “Satisfação dos direitos dos credores no âmbito do PER: são os credores todos iguais?”, *Católica Law Review* (2021) 35 e p. 39-40. Explica-se aí que a divisão em categorias distancia o princípio da igualdade dos credores individualmente considerados ou *uti singuli* (dos credores-indivíduos) e remete-o para o plano das categorias. Assim sendo, é mais fácil sindicar o respeito pelo princípio da igualdade. Desde logo, não há que confrontar o tratamento de cada sujeito com o tratamento de todos os sujeitos restantes mas apenas com os sujeitos restantes da sua categoria ou das categorias do mesmo grau (deve existir igualdade intra-categorias e igualdade entre categorias do mesmo grau). Depois, as diferenças de tratamento entre categorias são, em princípio, compreensíveis (a desigualdade entre categorias é justificada).

<sup>4</sup> Cfr., para uma primeira abordagem às vantagens da aprovação do plano por categorias, Catarina SERRA, “A harmonização do Direito substantivo da Insolvência”, in IDEM, coord., *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2017, 15 e s. Cfr. ainda IDEM, *Lições de Direito da Insolvência*, 573.

<sup>5</sup> Cfr. Catarina SERRA, “A harmonização do Direito substantivo da Insolvência”, 16 (nota 3).

A segunda classificação apresenta várias discrepâncias em relação à Directiva<sup>6</sup>.

Em primeiro lugar, a Directiva refere-se à necessidade de as categorias serem “definidas com base em critérios verificáveis e nos termos do direito nacional” (cfr. artigo 9.º, n.º 4, 1.º parágrafo, da Directiva), o que aponta para a necessidade de as leis internas disponibilizarem critérios gerais e objectivos<sup>7</sup>.

Não correspondendo a isso, o legislador português apresenta apenas um elenco exemplificativo de categorias (trabalhadores, sem distinção da modalidade do contrato; sócios; entidades bancárias que tenham financiado a empresa; fornecedores de bens e prestadores de serviços; credores públicos).

Existe, pois, o risco de adopção de critérios subjectivos, por cada devedor, com o intuito de facilitar a aprovação do plano em cada caso.

Em segundo lugar, a Directiva prevê categorias de partes afectadas (cfr. artigo 9.º, n.º 4, 1.º parágrafo, da Directiva) e não de credores.

A lei portuguesa parece esquecer esse facto, associando (quase) sempre as categorias a “credores afetados”.

É verdade que, no elenco exemplificativo da lei portuguesa, é expressamente referida a categoria dos sócios. Mas não se diz que eles só podem formar uma categoria enquanto detentores de participações (no capital), portanto, enquanto titulares de interesses e não de créditos [cfr. artigo 2.º, n.º 1, 2) e 3), da Directiva].

Em terceiro lugar, enquanto na Directiva se regula a aprovação do plano numa regra separada da homologação judicial (cfr. artigo 9.º, n.º 6, da Directiva), na lei portuguesa regula-se a aprovação do plano em sede de homologação – em conjunto com as condições da homologação [cfr. artigo 17.º-F, n.º 5, alíneas *a*), *i*) a *iv*), do CIRE].

---

<sup>6</sup> Cfr., sobre isto, Catarina SERRA, “Formação de categorias e aprovação do plano de recuperação no quadro do Processo Especial de Revitalização – Primeiras observações críticas à Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro”, in *Conferência “O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho”*, Ministério da Justiça / Secretaria-Geral do Ministério da Justiça, 2022, disponível em <<https://justica.gov.pt/Portals/0/Ficheiros/Organismos/JUSTICA/EbookCONF-PRR-VF2.pdf>> [1.08.2022].

<sup>7</sup> Cfr. Reinhard DAMMANN, in Christoph PAULUS / Reinhard DAMMANN, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, München / Oxford / Baden-Baden: Beck / Hart / Nomos, 2021, 158.

Daqui (desta indevida sistematização) decorrem mais alguns desvios em relação àquilo que é exigido ou pretendido pela Directiva.

Na Directiva determina-se, precisamente, que “[o] plano de reestruturação é adotado pelas partes afetadas mediante obtenção de uma maioria do montante dos respetivos créditos ou interesses em cada uma das categorias”.

Ao regular-se na Directiva a aprovação do plano numa regra separada, promove-se a ideia de que o plano deve ser aprovado, em primeira linha, por todas as categorias e só subsidiariamente (enquanto condição da homologação) por uma maioria ou parte das categorias – estabelece-se como que uma preferência pela unanimidade. A ideia é a de que o plano é tanto melhor quanto mais alargado / diversificado o leque de interesses que for capaz de conciliar.

Ora, na lei portuguesa não há – não pode dizer-se que haja – uma preferência pela aprovação por todas as categorias. O artigo 17.º-F, n.º 7, do CIRE dispõe que “o juiz decide se deve homologar o plano de recuperação ou recusar a sua homologação (...), aferindo: a) Se o plano foi aprovado nos termos do n.º 5”. As várias modalidades de aprovação do plano aparecem, assim, no mesmo plano, como equivalentes.

Mas há mais: na Directiva exige-se que, para se considerar aprovado dentro de cada categoria, o plano seja aprovado por uma maioria do montante dos créditos ou interesses representados nessa categoria.

Ora, na lei portuguesa não há uma exigência de maioria dos créditos ou interesses dentro de cada categoria. O prómio da alínea *a*) do n.º 5 do artigo 17.º-F do CIRE dispõe que, para a aprovação do plano em cada uma das categorias, é preciso que ele seja “votado favoravelmente em cada uma das categorias por mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos” – da totalidade dos votos emitidos (note-se) e não da totalidade dos créditos ou interesses com direito de voto. A maioria exigida para o plano se considerar aprovado em cada categoria não corresponde a uma genuína maioria dos interesses que cada categoria representa.

Ao regular-se na Directiva a aprovação do plano numa regra separada, consegue-se ainda assegurar que os sócios das micro, pequenas e médias empresas (MPME) têm o poder de impedir a homologação do plano quando isso não seja da sua vontade.

Segundo a Directiva, a homologação do plano é um mecanismo pensado para ultrapassar os casos em que não há aprovação por todas

as categorias e que, por razões que se prendem com a natureza e a estrutura típica das MPME, deve manter-se opcional para elas. Mais exactamente, a Directiva determina que a “*reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores*” se realize sob proposta do devedor ou, pelo menos, com o acordo do devedor (cfr. artigo 11.º, n.º 1, da Directiva), admitindo embora que os Estados-membros limitem a exigência aos casos em que o devedor seja MPME (artigo 11.º, n.º 1, 2.º parágrafo, da Directiva). O que significa que, pelo menos no caso das MPME, o devedor deve dar o seu acordo para que se passe à fase da homologação.

No considerando 58 da Directiva reitera-se esta salvaguarda e disponibiliza-se a explicação:

“Os detentores de participações em PME que não sejam simples investidores, mas antes os proprietários da empresa, e contribuam para a empresa de outra forma, por exemplo, com competências de gestão, poderão não se sentir incentivados a avançar para a reestruturação nestas condições. Por este motivo, o mecanismo de reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores deverá permanecer facultativo para os devedores que sejam PME”.

Diferentemente, na lei portuguesa não há forma de os sócios de MPME impedirem que o plano siga para apreciação das condições da homologação. À aprovação do plano com ou sem a aprovação por todas as categorias segue-se, inelutavelmente, a fase da homologação (*rectius*: da apreciação das condições da homologação) e, quando o plano venha a ser homologado, ele impõe-se a todas as partes afectadas, incluídos os sócios<sup>8</sup>.

Sendo este o enquadramento, é bem provável que as empresas portuguesas (MPME, na sua esmagadora maioria) resistam a formar categorias, ditando a inutilidade prática de um sistema que poderia ser muito importante para facilitar a reestruturação preventiva e assegurar um tratamento (mais) justo das partes afectadas.

---

<sup>8</sup> Sobre o assunto cfr. Catarina SERRA, “Enquadrar a recuperação das PME (*rectius*: MPE) à luz da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro”, *Revista de Direito Comercial* (2022) 449 e s., disponível em <<https://www.revistadedireitocomercial.com/enquadrar-a-recuperacao-das-pme>> [1.08.2022]. Cfr. também Catarina SERRA, “Nova reestruturação de empresas: coordenadas na óptica das Micro e Pequenas Empresas”, *in VI Congresso – Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2022, 110-112.

#### 4. Obrigação de apresentação à insolvência (e o período da suspensão das acções executivas)

A matéria concita, no essencial, o artigo 18.º, n.º 2, do CIRE e o artigo 7.º, n.º 1, e o considerando 38 da Directiva.

O novo artigo 18.º, n.º 2, do CIRE é do seguinte teor:

“Excetuam-se do dever de apresentação à insolvência:

- a) As empresas que se tenham apresentado a processo especial de revitalização durante o período de suspensão das medidas de execução previsto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 17.º -E.
- b) As pessoas singulares que não sejam titulares de uma empresa na data em que incorram em situação de insolvência”.

O disposto na nova alínea a) do artigo 18.º do CIRE está directamente relacionado como o artigo 7.º, n.º 1, da Directiva, onde se prevê:

“Se durante o período da suspensão das medidas de execução, emergir uma obrigação, nos termos do direito nacional, de um devedor apresentar um pedido de abertura de um processo de insolvência suscetível de terminar na liquidação do devedor, essa obrigação deve ser suspensa pela duração da suspensão em causa”.

Trata-se de uma regra de transposição obrigatória, com uma utilidade evidente: salvaguardar os casos em que, verificando-se a insolvência no decurso do PER, poderia ficar comprometida a reestruturação<sup>9 10 11</sup>.

---

<sup>9</sup> Antes desta alteração, era obrigatório concluir que a obrigação de apresentação à insolvência subsistia. Entendia-se, então, que se impunha uma excepção: no caso de o plano estar aprovado (para não desaproveitar uma perspectiva já materializada de reestruturação). Cfr., neste sentido, Catarina SERRA, “Revitalização – A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE”, in IDEM, COORD., I *Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2013, 94. Cfr., também neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.10.2018, Proc. 8074/16.6T8CBR-D.CI.S2.

<sup>10</sup> Estão, visivelmente, excluídos os casos em que as empresas já estejam insolventes antes do recurso ao PER. Tal equivaleria a admitir que há empresas insolventes que recorrem – podem recorrer ao PER –, o que seria contraditório com a configuração do PER como um processo pré-insolvencial e com o facto constitutivo da obrigação de apresentação à insolvência (só há obrigação de apresentação à insolvência quando a empresa está insolvente). Cfr. Catarina SERRA, “Revitalização – A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a

A primeira observação a fazer é que a Directiva determina a “suspensão” e a lei portuguesa regula o caso, *ipsis verbis*, como uma “excepção”, a par do caso das pessoas singulares não titulares de empresa.

Para contrariar esta impressão, há que valorizar a delimitação no tempo (“durante o período da suspensão das medidas de execução”). Só assim a “excepção” perde a natureza de isenção em sentido próprio e se afasta, nesta medida, do caso regulado na alínea *b*).

A segunda questão advém, justamente, da duração da “excepção”. A “excepção” perdura durante o período da suspensão das medidas executivas. Mas o período da suspensão não coincide com o prazo das negociações do PER e, sobretudo, não acompanha o processo até final.

É verdade que o que vem determinado na Directiva é também que a obrigação de apresentação à insolvência se suspende “durante o período da suspensão das medidas executivas” (cfr. artigo 7.º, n.º 1, da Directiva). Mas a medida de suspensão de que se fala na Directiva não se identifica com a / não se reduz à suspensão que se produz no contexto (e por força da abertura) de um processo em sentido próprio.

Com efeito, na Directiva parece encarar-se a suspensão das medidas executivas como uma medida *a se*, uma medida avulsa e autonomizável de reestruturação preventiva, que pode ser requerida e fixada judicialmente, em termos (alcance, prazo, *etc.*) adequados às circunstâncias de cada caso<sup>12</sup>. Repare-se que a Directiva se refere ao “pedido de suspensão” e à “concessão de uma suspensão” [cfr. artigo 7.º, n.º 5, alíneas *b*) e *d*), da Directiva]. Veja-se ainda o considerando 40, em que se prevê a hipótese de o devedor “solicitar a suspensão”.

Ora, o legislador português concentra as medidas de reestruturação preventiva no PER. Deveria, pois, ter regulado melhor a suspensão, tendo em conta a tramitação do processo<sup>13</sup>.

---

insolvência (situação e processo) e com o SIREVE”, 93-94. Cfr., também neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.10.2018, Proc. 8074/16.6T8CBR-D. CI.S2.

<sup>11</sup> Lendo o artigo 7.º, n.º 2, da Directiva (bem como o considerando 38), verifica-se que a Directiva exige também a suspensão do direito dos outros legitimados de requererem a declaração de insolvência. A exigência foi cumprida através do disposto no artigo 17.º-E, n.º 9, alínea *b*), do CIRE que determina a suspensão dos processos em que seja requerida a insolvência.

<sup>12</sup> Cfr., neste sentido, Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 576.

<sup>13</sup> Esta visão redutora da reestruturação preventiva ao PER é causa de outros problemas, como se verá, a propósito das cláusulas *ipso facto*.

Em conformidade com o artigo 17.º-E, n.ºs 1 e 2, do CIRE o período da suspensão tem uma duração máxima de quatro meses – *rectius*: de cinco meses<sup>14</sup> – e produz-se automaticamente com a abertura do PER (é um efeito processual do despacho de nomeação do administrador judicial provisório)<sup>15</sup>.

Enquanto isso, de acordo com o artigo 17.º-D, n.º 7, do CIRE, o prazo das negociações é de dois meses, podendo ser prorrogado, por uma vez e por um mês, o que se traduz numa duração máxima de três meses.

Atendendo a que o período da suspensão tem em vista criar condições propícias para as negociações do plano – o que é confirmado pelas exigências de que o pedido de prorrogação seja requerido dentro do prazo de negociações (cfr. artigo 17.º-E, n.º 2, do CIRE) e de que o levantamento da suspensão tenha por fundamento o facto de a suspensão deixar de cumprir o objectivo de apoiar as negociações [cfr. artigo 17.º-E, n.º 3, alínea *a*), do CIRE] –, seria natural que se tivesse feito coincidir o período da suspensão com o prazo das negociações<sup>16</sup>.

Iniciando-se, porém, o período da suspensão logo que se abre o processo e iniciando-se o prazo das negociações numa fase mais adian-

---

<sup>14</sup> Olhando para o n.º 2, logo se verifica que o prazo referido como “máximo” no n.º 1 admite prorrogação, uma vez, por um mês, desde que se verifiquem determinadas condições. Lendo a norma homóloga na Directiva, verifica-se que também aí se prevê um “período máximo” de quatro meses (cfr. artigo 6.º, n.º 6, da Directiva) e que, “não obstante”, se admite a prorrogação (cfr. artigo 6.º, n.º 7, da Directiva), referindo-se adiante que a “duração total da suspensão” (prazo inicial e prorrogação) não pode exceder doze meses (cfr. artigo 6.º, n.º 8, da Directiva).

<sup>15</sup> Este será o prazo normal ou típico, aplicável na maioria dos casos. Será maior quando houver lugar a prorrogação; será menor quando as negociações cessem antes, seja porque o plano é aprovado antes do esgotamento do prazo, seja porque se conclui antecipadamente que não é possível aprovar o plano e / ou a empresa desiste das negociações.

<sup>16</sup> Adaptando o que observa Tomáš RICHTER (*in* Christoph PAULUS / Reinhard DAMMANN, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, 105-106) a propósito da Directiva, poder-se-ia dizer que a suspensão deve operar tanto retroactivamente (quando esteja em causa uma reestruturação do tipo do artigo 17.º-I do CIRE, em que o plano é negociado antes da abertura do processo) como prospectivamente (quando as negociações comecem depois da abertura do processo) – numa palavra: que a suspensão deve acompanhar as negociações, seja qual for a localização temporal destas por referência a qualquer processo (em curso ou iminente).

tada (cerca de um mês depois<sup>17</sup>), o curso dos dois prazos tenderá a convergir, a partir de certa altura<sup>18</sup>.

Subsiste, em qualquer caso, a segunda “desregulação” indicada: não está previsto que o período da suspensão se prolongue até ao final do processo. Sendo assim, a obrigação de apresentação à insolvência pode ressurgir numa altura indesejável – quando o plano está aprovado mas ainda não homologado.

Nestes casos, para que não se desperdice, injustificadamente, uma possibilidade já materializada de reestruturação, deve entender-se que a aprovação do plano pelos credores dispensa a empresa da obrigação de apresentação à insolvência.

## 5. Cláusulas *ipso facto*

A matéria relaciona-se com o disposto nos artigos 17.º-E, n.º 13, e 119.º do CIRE e no artigo 7.º, n.º 5, e no considerando 40 da Directiva.

A expressão “cláusulas *ipso facto*” (literalmente: “por esse facto”) designa, tradicionalmente, as cláusulas que atribuem a uma das partes o direito de pôr termo ao contrato quando se verifique certo facto. Quer dizer: o efeito produz-se por mera ocorrência do facto (*ipso facto*), mesmo que o devedor não tenha faltado ao cumprimento de nenhuma obrigação<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Uma vez publicado o despacho de abertura, há vinte dias para a reclamação de créditos, cinco dias para a elaboração da lista provisória de créditos e cinco dias para as impugnações desta lista, começando o prazo das negociações a contar desde o fim deste prazo.

<sup>18</sup> Evidentemente, pode haver situações (anómalas) em que o período da suspensão termina antes de o plano ser aprovado e homologado, o que significa que as acções retomam os seus termos, para cobrança de créditos que, previsivelmente, seriam regulados no plano, causando alguma entropia.

<sup>19</sup> Como explica Pablo D. HEREDIA [“Las cláusulas de vencimiento anticipado y de resolución contractual frente al procedimiento de reestructuración preventiva”, in María Isabel CANDELARIO MACIAS / Stefania PACCHI, dir., *La Directiva de la UE 1023/2019 sobre insolvencia (Estudios desde diferentes ordenamientos)*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, 241], “[n]inguna de tales cláusulas se vincula a incumplimientos de las prestaciones contractuales del deudor insolvente. Puede este último haber cumplido debidamente sus obligaciones y ni siquiera ser deudor de la parte “in bonis” en el momento en que la cláusula cobra operatividad. Lo que cuenta es otra cosa: el “factum” determinado por su sometimiento al procedimiento de reestructuración”.

A regulação das cláusulas *ipso facto* no quadro da insolvência e da pré-insolvência merece destaque pelas funções que desempenha / é susceptível de desempenhar.

Desde logo, impede o credor de se desvincular do contrato e com isso resolver a sua situação fora ou à margem do processo pelo simples facto de o devedor recorrer ao processo<sup>20</sup>. Além disso, afasta o risco de a empresa ser penalizada pelo mero facto de adoptar medidas de reestruturação preventiva, funcionando como um mecanismo para promover a acção atempada<sup>21</sup>, justamente o primeiro passo para o sucesso da reestruturação.

Dispõe-se no artigo 17.º-E, n.º 13, do CIRE:

“É nula a cláusula contratual que atribua ao pedido de abertura de um processo especial de revitalização, à abertura de um processo especial de revitalização, ao pedido de prorrogação da suspensão das medidas de execução ou à sua concessão o valor de uma condição resolutiva do negócio ou confira, nesse caso, à parte contrária um direito de indemnização, de resolução ou de denúncia do contrato”.

Enquanto isso, no artigo 7.º, n.º 5, da Directiva diz-se:

“Os Estados-Membros asseguram que os credores não sejam autorizados a recusar a cumprir, nem de resolver, antecipar ou, de qualquer outra forma, alterar contratos executórios em prejuízo do devedor, através de uma cláusula contratual que preveja tais medidas (...)”.

---

<sup>20</sup> Cfr., neste sentido, Tomáš RICHTER, in Christoph PAULUS / Reinhard DAMMANN, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, 135-136.

<sup>21</sup> Esta medida relaciona-se, de facto, com o considerando 40 da Directiva, onde se explica que “[q]uando um devedor instaurar um processo de insolvência, certos fornecedores podem deter direitos contratuais, previstos nas designadas cláusulas *ipso facto*, que os habilitem a resolver o contrato de fornecimento unicamente com base na insolvência, mesmo que o devedor tenha cumprido devidamente as suas obrigações. As cláusulas *ipso facto* poderão ser igualmente de aplicação quando um devedor solicitar a aplicação de medidas de reestruturação preventiva. Se tais cláusulas forem invocadas quando o devedor esteja apenas a negociar um plano de reestruturação ou a solicitar a suspensão das medidas de execução, ou em virtude de qualquer evento relacionado com a suspensão, a resolução antecipada pode ter um impacto negativo na empresa do devedor e no êxito da sua recuperação. Por conseguinte, nesses casos, é necessário prever que os credores não possam invocar essas cláusulas *ipso facto* alusivas à negociação de um plano de reestruturação, à suspensão ou a qualquer evento semelhante relacionado com esta última”.

São notórias as diferenças entre o regime disposto na Directiva e o regime disposto na lei portuguesa<sup>22</sup>.

Em primeiro lugar, na Directiva o regime não é aplicável a todos os contratos mas apenas aos chamados “contratos executórios”<sup>23</sup>, ou seja, aos contratos em execução ou em curso de execução<sup>24</sup>, definidos como os contratos (não necessariamente bilaterais) em que, à data do início da suspensão, não haja ainda total cumprimento por qualquer das partes<sup>25</sup>.

Em segundo lugar, na Directiva o regime abrange não só cláusulas com efeito extintivo do contrato (condições resolutivas, cláusulas de resolução ou denúncia e cláusulas indemnizatórias) mas também cláusulas modificativas dos termos do contrato, designadamente as cláusulas de vencimento antecipado ou de exigibilidade antecipada da obrigação<sup>26</sup>.

Em terceiro lugar, na Directiva não se comina a nulidade (ou a ilicitude) das cláusulas mas tão-só a impossibilidade da sua invocação em determinadas circunstâncias. Por outras palavras: os sujeitos ficam impedidos de exercer os direitos contratuais que derivam destas

<sup>22</sup> Para uma comparação pormenorizada cfr. Hígina CASTELO, “Contratos executórios e cláusulas *ipso facto* no âmbito do PER”, *Revista de Direito Comercial* (2022) 846 e s.

<sup>23</sup> A nova expressão é completamente alheia à linguagem jurídica portuguesa e não é a melhor para designar está em causa. A expressão foi transposta para a lei a partir da versão portuguesa da Directiva (cfr. 17.º-E, n.ºs 10 e 11, do CIRE). Mas é preciso notar que nas versões em outras línguas a expressão inglesa “executory contracts” foi mais bem traduzida (não tão literalmente). Com a mesma opinião Hígina CASTELO, “Contratos executórios e cláusulas *ipso facto* no âmbito do PER”, 834.

<sup>24</sup> É a expressão correspondente à de “negócios em curso” (cfr. capítulo IV do título IV) ou de “negócios ainda não cumpridos” (cfr. epígrafe da norma do artigo 102.º do CIRE).

<sup>25</sup> Seguindo as definições da Directiva, trata-se dos “contrato[s] celebrado[s] entre o devedor e um ou mais credores, ao abrigo do[s] qua[is] as partes têm ainda obrigações a cumprir no momento em que é concedida ou aplicada a suspensão das medidas de execução” [cfr. artigo 2.º, n.º 1, 5), da Directiva].

<sup>26</sup> Diferentemente, no caso dos contratos executórios essenciais conformou-se o alcance da proibição à norma da Directiva (cfr. artigo 7.º, n.º 4, da Directiva), dizendo-se, no artigo 17.º-E, n.º 10, do CIRE que “os credores não podem recusar cumprir, resolver, antecipar ou alterar unilateralmente contratos executórios essenciais”. Veja-se que este é um regime distinto, visando impedir os credores de porem fim ao contrato por não pagamento de dívidas anteriores à suspensão, portanto, não estando em causa, na realidade, cláusulas *ipso facto*.

cláusulas. A ideia é a de que devem repudiar-se as cláusulas na medida em que a sua invocação possa ter impacto no êxito da recuperação<sup>27</sup>.

Mas o mais grave de tudo – e este é o quarto e mais importante desvio – é que na Directiva se estende o alcance da medida a qualquer negociação de plano de reestruturação enquanto na lei portuguesa, o regime está confinado ao PER, ou seja, é configurado por exclusiva referência ao PER ou a medidas que só têm lugar no quadro do PER (o pedido de prorrogação da suspensão e a sua concessão).

Efectivamente, complementando o artigo 7.º, n.º 5, da Directiva, o considerando 40 estabelece que deve ficar excluída a invocação também das cláusulas que tenham por referência a *negociação de um plano de reestruturação*.

Ora, os considerandos são mecanismos de interpretação de normas, que ajudam a compreender o fim dos instrumentos normativos, e não deixam de ter, eles próprios, uma função normativa, se bem que complementar (*supplementary normative role*)<sup>28 29</sup>.

Seja como for, é evidente que se verifica igualdade de razões.

A omissão desta hipótese na lei portuguesa é um resultado da já mencionada visão excessivamente redutora da reestruturação preventiva, que determinou que as alterações legislativas contemplassem apenas o PER e as medidas que o compõem.

---

<sup>27</sup> Segundo Tomáš Richter (Christoph PAULUS / Reinhard DAMMANN, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, 137), trata-se de uma regra puramente substantiva.

<sup>28</sup> Cfr., neste sentido, Roberto BARATTA, “Complexity of EU Law in the Domestic Implementing Process”, *The Theory and Practice of Legislation – formerly Legisprudence: International Journal of Legislation European Union Legislation* 2/3 (2014) 296-298, disponível em <<https://pdfslide.net/documents/the-theory-and-practice-of-legislation-unimcit-theory-and-practice-of-legislation.html>> [1.08.2022]. O que, definitivamente, os considerandos não têm é um efeito normativo independente ou autónomo do articulado que complementam, ou seja, não podem estabelecer regras à margem ou completamente dissociadas do articulado a que respeitam. Cfr., neste sentido, Tadas KLIMAS / Jffrate VAITIUKAIT, “The Law of Recitals in European Community Legislation”, *ILSA Journal of International & Comparative Law* 15/1 (2008) 85 e s., disponível em <<https://nsuworks.nova.edu/ilsajournal/vol15/iss1/6/>> [1.08.2022].

<sup>29</sup> Desvaloriza o considerando e diz que os Estados-membros podem optar pelos termos mais exíguos do artigo 7.º, n.º 5, da Directiva Tomáš RICHTER, in Christoph PAULUS / Reinhard DAMMANN, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, 136.

Mas é preciso ter em conta o artigo 17.º-E, n.º 13, com o artigo 119.º do CIRE, sobre o regime das cláusulas *ipso facto* no processo de insolvência, para perceber o alcance do problema.

O artigo 119.º do CIRE, também alterado pela Lei n.º 9/2022, é do seguinte teor:

“1 - É nula qualquer convenção das partes que exclua ou limite a aplicação das normas anteriores do presente capítulo.

2 - É, em particular, nula a cláusula que atribua à declaração de insolvência de uma das partes o valor de uma condição resolutiva do negócio ou confira, nesse caso, à parte contrária um direito de indemnização, de resolução ou de denúncia em termos diversos dos previstos no presente capítulo.

3 - É lícito às partes atribuírem a quaisquer situações anteriores à declaração de insolvência os efeitos previstos no número anterior”.

No artigo 119.º do CIRE registam-se duas alterações.

No n.º 2 é substituída apenas uma palavra, passando a falar-se em “*declaração* de insolvência” em vez de em “*situação* de insolvência”<sup>30</sup>, pondo-se fim à discussão doutrinal sobre se o facto relevante era a situação de insolvência ou a declaração de insolvência<sup>31</sup>.

Diga-se, desde já, que não era neste sentido que se esperava que fosse feito o esclarecimento. Se a finalidade principal do processo de insolvência é a satisfação dos credores com respeito pelo princípio da igualdade, deveria evitar-se que os contratos chegassem já resolvidos ao processo, sob pena de ficar precludido o direito de opção do administrador da insolvência (pelo seu cumprimento ou pela sua recusa) nos termos da lei da insolvência (cfr. artigo 102.º, n.º 1, do CIRE). A esta luz, teria sido melhor, pois, uma solução mais compreensiva, que valorizasse a (mera) situação de insolvência neste contexto<sup>32</sup>.

Mas o maior problema é que o novo texto do n.º 3 do artigo 119.º do CIRE<sup>33</sup> vem contrariar directamente o artigo 17.º-E, n.º 13, do CIRE, afirmando a licitude de cláusulas que se refiram a *quaisquer*

<sup>30</sup> Sublinhado nosso.

<sup>31</sup> Cfr., sobre esta discussão, e para a defesa da solução oposta à que agora é consagrada, Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 235.

<sup>32</sup> Sem prejuízo do que se dirá a seguir no contexto normativo do PER.

<sup>33</sup> No n.º 3 foi substituído todo o texto, procedendo-se, na prática, à eliminação de uma regra que só com esforço era possível compreender. Cfr. Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 236.

outras situações, ou seja, incluindo cláusulas que, segundo esta última norma, são nulas. Regista-se, em suma, uma incompatibilidade entre normas.

Ora, é evidente que, sendo as novas normas contemporâneas e não podendo falar-se em revogação tácita de nenhuma delas, o alcance do n.º 3 do artigo 119.º do CIRE terá de ser limitado pelo disposto no artigo 17.º-E, n.º 13, do CIRE, ou seja, terão de se subtrair à liberdade contratual as cláusulas que se refiram às situações anteriores à declaração de insolvência tal como descritas no artigo 17.º-E, n.º 13, do CIRE – situações de reestruturação preventiva em que a empresa recorra ao PER.

Sucedem, porém, que nem com esta ressalva se evitam todas as consequências nefastas, permanecendo, como já se disse, a descoberto situações que, não se enquadrando no PER, deviam, em conformidade com a Directiva e por igualdade de razões, ser abrangidas – desde logo, outras situações de reestruturação preventiva que não passam pelo PER<sup>34</sup>.

A empresa pré-insolvente não recorre sempre ao PER para estabelecer negociações com os seus credores. Isto pode ser assim porque o PER não é o instrumento adequado ou porque, simplesmente, não é possível recorrer ao PER (não estão preenchidos os respectivos requisitos). Pense-se nas negociações informais – que tanto podem ser autónomas como ser preparatórias do RERE (regime do acordo) ou do PER abreviado – e nas negociações que podem ter lugar sob a égide do RERE (regime da negociação).

Sendas todas estas formas legítimas e adequadas de acção em hipótese de crise, não deveriam ser igualmente acauteladas à luz da finalidade de promoção da acção atempada da empresa<sup>35</sup>?

---

<sup>34</sup> Ir-se-ia mesmo mais longe: a proibição do exercício dos direitos contratuais que derivam destas cláusulas deveria ainda abranger, se não todas as situações anteriores à declaração de insolvência, de forma a incluir a situação em que a empresa insolvente se apresenta à insolvência, pelo menos, todas as situações de pré-insolvência, mesmo aquela em que a empresa (em insolvência iminente) se apresenta à insolvência. Esta não é, de facto, uma medida de reestruturação preventiva, mas é, sem dúvida, uma forma legítima de acção.

<sup>35</sup> Tudo ponderado, não seria estranho que se viesse a arguir violação do princípio da efectividade. Segundo este princípio, as regras nacionais não podem tornar impossível ou excessivamente onerosa a efectivação de um direito que decorre da ordem jurídica europeia. Significa isto que as empresas não podem ser obrigadas a recorrer especificamente ao PER para gozarem de uma protecção que o Direito da União Europeia lhes reconhece.

## 6. Considerações finais na óptica *from future backwards*

É sabido que no final de 2020 se iniciou um estudo para avaliar os impactos de uma possível e futura iniciativa política, destinada a reforçar a convergência das leis nacionais de insolvência dos Estados-Membros da União Europeia<sup>36</sup>. Os principais objectivos políticos são os de tornar os resultados dos processos de insolvência mais previsíveis e encorajar a circulação transfronteiriça de capitais, em conformidade com os objectivos do Plano de Acção da União dos Mercados de Capitais<sup>37</sup>.

Finalizado o estudo, anuncia-se para breve (para o segundo semestre de 2022) a adopção de um novo instrumento (uma Directiva, com toda a probabilidade), em que serão reguladas, segundo a última projecção conhecida, matérias como as da impugnação de actos prejudiciais à massa, do rastreio e da apreensão dos bens, da insolvência das pequenas e médias empresas e da negociação prévia de planos de recuperação<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> As referências baseiam-se nos elementos disponibilizados na página da Comissão. Disponível em <[https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12592-Insolvency-laws-increasing-convergence-of-national-laws-to-encourage-cross-border-investment\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12592-Insolvency-laws-increasing-convergence-of-national-laws-to-encourage-cross-border-investment_en)> [1.08.2022]. Foram ainda actualizadas com apoio na intervenção efectuada por Ondrej Vondracek (Director Jurídico e de Política da Direcção-Geral da Justiça e do Consumidor da Comissão no Congresso Luso-Espanhol “A transposição da Diretiva 2019/1023”, organizado pelo Instituto Jurídico / Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e realizado na Capela do Colégio da Trindade, no dia 3 de Junho de 2022.

<sup>37</sup> Trata-se da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Uma União dos Mercados de Capitais ao serviço das pessoas e das empresas - novo plano de ação”, Bruxelas, 24.9.2020 COM(2020) 590 final, disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0590&from=EN&lang3=choose&lang2=PT&lang1=PT>>. [1.08.2022]. Pode ler-se aí que “[a] acentuada divergência entre os regimes nacionais de insolvência constitui um obstáculo estrutural de longa data ao investimento transfronteiras”, prevendo-se, sob o título “acção n.º 11”, que “[a] fim de tornar mais previsíveis os resultados dos processos de insolvência, a Comissão adotará uma iniciativa legislativa ou não legislativa para assegurar uma harmonização mínima ou uma maior convergência em domínios específicos do direito da insolvência no setor não bancário. Além disso, em colaboração com a Autoridade Bancária Europeia, a Comissão irá ponderar as possibilidades de melhorar a comunicação de dados, a fim de permitir uma avaliação regular da eficácia dos regimes nacionais de execução de empréstimos”.

<sup>38</sup> Reconhece-se que outras matérias são mais difíceis de harmonizar e por isso não devem ser já abordadas. Trata-se, nomeadamente, dos deveres e da responsabilidade

Sucedem que o recente esforço de harmonização encontrou mais obstáculos do que aqueles que se imaginavam, relacionados com as dificuldades inerentes à interpretação e à transposição da Directiva e as deficiências que daí decorrem. O caso português ilustra-o bem.

Deve, além do mais, ter-se presente que parte dos Estados-membros (em que se incluem a Espanha e os Países Baixos) ainda não transpôs a Directiva<sup>39</sup>.

Numa palavra e em conclusão, olhando para o que foi feito (e para o que ainda está por fazer), dir-se-ia que é demasiado cedo para voltar a intervir. Mas, como sempre, deixa-se margem para que a prática demonstre o contrário.

## Bibliografia

BARATTA, Roberto, “Complexity of EU Law in the Domestic Implementing Process”, *The Theory and Practice of Legislation; formerly Legisprudence: International Journal of Legislation European Union Legislation* 2/3 (2014).

CASTELO, Hígina, “Contratos executórios e cláusulas ipso facto no âmbito do PER”, *Revista de Direito Comercial* (2022).

HEREDIA, Pablo D., “Las cláusulas de vencimiento anticipado y de resolución contractual frente al procedimiento de reestructuración preventiva”, in María Isabel CANDELARIO MACIAS / Stefania PACCHI, dir., *La Directiva de la UE 1023/2019 sobre insolvencia (Estudios desde diferentes ordenamientos)*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.

KLIMAS, Tadas / VAITIUKAIT, Jfirate, “The Law of Recitals in European Community Legislation”, *ILSA Journal of International & Comparative Law* 15/1 (2008).

---

de de administradores no caso de insolvência da empresa, da formação das comissões de credores, da graduação de créditos e dos pressupostos do processo de insolvência (a definição de insolvência).

<sup>39</sup> De acordo com o *tracker on the implementation of the EU Directive on Restructuring and Insolvency* da INSOL Europe até 21 de Julho de 2022 tinham transposto a Directiva a Grécia, a Áustria, a França, a Alemanha, Portugal, a Croácia, a Lituânia, a Eslováquia, a Estónia, a Roménia, a Dinamarca, a Itália, a Eslovénia, a Finlândia, a Suécia e a Hungria. Disponível em <<https://www.insol-europe.org/tracker-eu-directive-on-restructuring-and-insolvency>> [1.08.2022].

PAULUS, Christoph / DAMMANN, Reinhard, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, München / Oxford / Baden-Baden: Beck / Hart / Nomos, 2021.

SERRA, Catarina - “Formação de categorias e aprovação do plano de recuperação no quadro do Processo Especial de Revitalização – Primeiras observações críticas à Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro”, in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA / SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Conferência “O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho”*, 2022.

— “Enquadrar a recuperação das PME (rectius: MPE) à luz da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro”, *Revista de Direito Comercial* (2022).

— “Nova reestruturação de empresas: coordenadas na óptica das Micro e Pequenas Empresas”, in *VI Congresso – Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2022.

— *Lições de Direito da Insolvência*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2021.

— “Satisfação dos direitos dos credores no âmbito do PER: são os credores todos iguais?”, *Católica Law Review* (2021).

— “A harmonização do Direito substantivo da Insolvência”, in IDEM, coord., *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2017.

— “Revitalização – A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE”, in IDEM, coord., *I Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2013.



# El coste de los procedimientos de insolvencia

[https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao\\_empresas/parte01\\_2](https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte01_2)

ANA BELÉN CAMPUZANO\*

*Resumen:* Los procedimientos de insolvencia conllevan unos costes temporales, económicos y reputacionales para las empresas que recurren a los mismos. La reforma española del Derecho de la Insolvencia contempla medidas que procuren un menor coste tanto del concurso de acreedores, como del precurso y procedimiento especial para microempresas, de conformidad con las previsiones de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, mejorar la eficiencia, rapidez y eficacia de los procedimientos que se ponen a disposición de los deudores.

*Palabras Clave:* Derecho de la Insolvencia; eficiencia; coste; microempresas

*Abstract:* Insolvency proceedings entail temporal, economic and reputational costs for the companies that resort to them. The Spanish reform of Insolvency Law envisages measures to reduce the cost of insolvency proceedings, as well as of pre-insolvency and special proceedings for micro-enterprises, in accordance with the provisions of the Restructuring and Insolvency Directive, and to improve the efficiency, speed and effectiveness of the procedures available to debtors

*Keywords:* Insolvency Law, efficiency, costs, micro-enterprises

*Sumario:* I. La eficiencia del Derecho de la insolvencia. 1. La Directiva sobre reestructuración e insolvencia y su transposición a la

---

\* Catedrática de Derecho Mercantil, Universidad San Pablo CEU. El trabajo se integra en el marco de las investigaciones desarrolladas en el Proyecto *Sostenibilidad corporativa y reestructuración empresarial* PID2021-125466NB-I00 (financiado por MCIN/ AEI / 10.13039/501100011033 / FEDER, UE) y en el Grupo de Investigación de la Universidad San Pablo CEU *Gobierno Corporativo y Gestión de Riesgos* (C22/0720) y de la Cátedra de la Universidad San Pablo CEU y Mutua Madrileña.

legislación concursal española. 2. El derecho preconcursal. 3. El procedimiento para microempresas, pequeñas y medianas empresas. II. El coste de la insolvencia. 1. El coste temporal. 2. El coste económico. 3. El coste reputacional. III. Bibliografía.

## I. LA EFICIENCIA DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA

### 1. La Directiva sobre reestructuración e insolvencia y su transposición a la legislación concursal española

La celeridad, eficacia -capacidad de lograr el efecto que se desea o espera- y eficiencia -capacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos-<sup>1</sup> forman parte de los postulados fundamentales del derecho de la insolvencia y su consecución deviene imprescindible para alcanzar un coste equilibrado de los procedimientos que se contemplan para su gestión y resolución. El derecho de la insolvencia persigue, en esencia, articular procedimientos y procesos que den respuesta a los complejos y diversos problemas que se plantean ante una crisis financiera, económica o patrimonial de un deudor cuya condición -persona natural, persona jurídica, grupos de empresa, herencia...- resulta con frecuencia determinante para su proyección con eficacia y eficiencia frente al objetivo de satisfacción de los acreedores. A partir de esta noción básica, las matizaciones y precisiones que pueden incorporarse son numerosas y conocidas, aunque la permanencia del debate sobre las mismas ya da una idea de las dificultades inherentes a esta disciplina, en la que con frecuencia las legislaciones oscilan -entre judicializar o desjudicializar, priorizar la conservación de la actividad económica o la satisfacción de los acreedores, perseguir o no civilmente las conductas del deudor...- sin terminar de encontrar esa deseada

---

<sup>1</sup> Las dos acepciones que del término eficiencia recoge el Diccionario de la Real Academia Española se centran en la capacidad, de un lado, de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado y, de otro lado, de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos. En cuanto la eficiencia es un objetivo central de la Directiva europea, su consecución justifica muchas de las medidas que se incorporan en la reforma de la legislación concursal española, aunque es evidente que otras modificaciones responden a la negativa experiencia acumulada en los últimos años en este ámbito, tanto desde la perspectiva de su defectuosa previsión legislativa como desde la óptica de las incertidumbres generadas en la aplicación práctica de las reglas fijadas.

eficacia y eficiencia. En ese debate, 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) persigue *contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento, resultantes de las diferencias entre las normativas y los procedimientos nacionales en materia de reestructuración preventiva (...), eliminando tales obstáculos sin que ello afecte a los derechos fundamentales y libertades de los trabajadores, garantizando que: las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad (...) y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración*. En línea con estas consideraciones se pronuncia también la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo para armonizar determinados aspectos del Derecho concursal, de diciembre de 2022<sup>2</sup>.

En este contexto, la mayoría de las legislaciones europeas ha avanzado en las soluciones negociadas a las crisis financieras, económicas y patrimoniales, en el entendimiento de que las mismas procuran un marco de resolución más rápido y, en definitiva, eficiente a las mismas<sup>3</sup>. Ello supone un paso más en la evolución y consolidación de

---

<sup>2</sup> *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law*, de 7 de diciembre de 2022 (COM[2022] 702 final).

<sup>3</sup> La invocación a la Directiva y el correspondiente proceso legislativo para su incorporación es el camino que ha seguido la legislación española. La Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR) ya destacaba que *la imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho vigente que representa este texto refundido no excluye que el proceso de reforma del derecho de la insolvencia haya finalizado. España tiene pendiente de transponer la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que tiene como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de*

las alternativas negociadas en el seno de lo que viene denominándose derecho preconcursal, como vía para la resolución de la insolvencia. En este devenir se han ido perfilando aspectos tan esenciales de estas soluciones negociadas como la de su naturaleza preventiva -en cuanto las dificultades económicas o financieras ante las que se actúa han de conducir a la insolvencia- y la necesaria viabilidad de la empresa. A partir de ahí, las herramientas para alcanzar la resolución de la crisis pueden ser diversas y simultáneas: refinanciar, reestructurar y/o reorganizar la deuda empresarial para superar la grave situación de dificultad económica o financiera<sup>4</sup>.

---

*liberación de deudas. Pero el texto refundido que ahora se aprueba constituye la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa inexcusable transposición, tarea que, ya por sí misma reviste extraordinaria dificultad.* Esta transposición se lleva a cabo a través de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, que no sólo incorpora las previsiones de la Directiva europea de 2019, sino que también realiza numerosos cambios por la experiencia acumulada en los últimos años de aplicación de la legislación concursal.

<sup>4</sup> Que la reestructuración preventiva constituye uno de los ejes fundamentales de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, es una cuestión fácilmente deducible del hecho de que los “marcos de reestructuración preventiva” y las “medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración” se integren en el título de la misma. La opción por el fomento e impulso de los procedimientos de reestructuración encaja en esa creciente tendencia a incorporar soluciones preventivas en el derecho de la crisis económica. En ese contexto se sitúa la Directiva europea de 2019, cuyos principios y reglas se mantienen, así como las expectativas que ha generado su incorporación a la legislación de los Estados miembros, aunque su transposición no haya alcanzado todos los objetivos propuestos, en buena medida por la gran amplitud con la que contempla las medidas a incorporar, que difícilmente pueden procurar la aproximación pretendida.

En todo caso, la Directiva se entiende sin perjuicio del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia y demás normas de la Unión Europea o convencionales que regulen la materia, dado que el objetivo es que sea compatible y complementaria con dicho Reglamento, cuya aplicación es directa. Como se indica en los considerandos de la Directiva, el Reglamento 2015/848, de 20 de mayo, regula las cuestiones de competencia judicial, reconocimiento y ejecución, derecho aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia, así como la interconexión de los registros de insolvencia. Su ámbito de aplicación abarca los procedimientos preventivos que promueven el rescate de los deudores económicamente viables y los procedimientos de exoneración para los empresarios y otras personas físicas. Sin embargo, el Reglamento no aborda las disparidades en las normativas nacionales que regulan dichos procedimientos. Además, al limitarse a las insolvencias transfronterizas, el Reglamento no permite eliminar todos los obstáculos a la libre circulación y tampoco es viable que los inversores determinen de antemano la naturaleza

Pues bien, una de las cuestiones recurrentes en los procedimientos y procesos que las legislaciones establecen para afrontar las dificultades financieras o, en general, la insolvencia, es el de su coste. Integrando dentro del término coste tanto el relativo a la duración del procedimiento -el coste temporal- como estrictamente el coste económico del mismo, incluso el coste reputacional.

En el concurso de acreedores el impacto del coste económico es singularmente visible, entre otros aspectos, en la retribución de los profesionales intervinientes, en el tratamiento de los créditos contra la masa y en los supuestos de concurso con insuficiencia de masa sobrevenida y, sobre todo, originaria. No obstante, siendo estos elementos importantes, la mayor repercusión del concurso de acreedores se vincula con el coste temporal -el proceso judicial es largo y poco flexible- y reputacional -la declaración de concurso implica un relevante empoderamiento del deudor y suele conllevar efectos negativos sociales-. Estas consideraciones no sólo justifican las diferentes medidas ensayadas para mejorar el proceso concursal, sino también el progresivo avance y consolidación de las alternativas preconcursales para afrontar las dificultades financieras y económicas, centradas tras la Directiva sobre reestructuración e insolvencia en los marcos de reestructuración preventiva.

Ambos propósitos subyacen en la modificación de la legislación concursal española. En efecto, la transposición de la Directiva europea y la propia experiencia acumulada en los años de vigencia de la derogada Ley Concursal de 2003 informan la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo. Atendiendo a lo indicado, esta reforma contempla medidas que procuren un menor coste del concurso de acreedores e incorpora un Derecho preconcursal

---

nacional o transfronteriza de las posibles dificultades financieras del deudor en el futuro. Por ello, a través de la Directiva se persigue, entre otras finalidades, establecer unas normas sustantivas mínimas para los procedimientos de reestructuración preventiva. Por otro lado, los Estados miembros que sean parte del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, firmado en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, y sus Protocolos, deben poder continuar cumpliendo sus obligaciones internacionales adquiridas. Las disposiciones de la Directiva relativas a los marcos de reestructuración preventiva deben aplicarse con las excepciones necesarias para garantizar una aplicación de dichas disposiciones sin perjuicio de la aplicación de dicho Convenio y de sus Protocolos.

dirigido a lograr una actuación temprana con las ventajas que a efectos de coste ello proporciona y un procedimiento especial para microempresas que pretende caracterizarse por su flexibilidad y bajo coste. En particular, estos dos últimos procedimientos, concurso y microempresa, conforman las principales alternativas de la legislación concursal española para, en línea con las previsiones de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, mejorar la eficiencia, rapidez y eficacia de los procedimientos que se ponen a disposición de los deudores.

## 2. El Derecho preconcursal

La Directiva sobre reestructuración e insolvencia incide en la detección temprana de las dificultades financieras y en la adopción de los procedimientos más adecuados para abordarlas, como medio para evitar con mayor probabilidad una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, para lograr un procedimiento de liquidación más ordenado y eficiente<sup>5</sup>.

Bajo estas premisas, en la legislación concursal española se suprimen los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago, como procedimientos concursales, y se integran en este ámbito la comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración y los planes de reestructuración dirigidos a ser homologados, que, eso sí, quedan restringidos a las personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional<sup>6</sup>. Se trata de dos instrumentos de derecho preconcursal

---

<sup>5</sup> La conveniencia de articular procedimientos que afronten las dificultades financieras y económicas de forma temprana no es una preocupación legislativa novedosa. En el devenir legislativo para aproximarse a la consecución de este objetivo, la reestructuración (temprana) venía ya considerándose idónea. En particular, el Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, ya determina su ampliación a los procedimientos que estén dirigidos a la reestructuración de un deudor en una fase en la que la insolvencia es solo una probabilidad. Por eso, en su ámbito de aplicación dispone que en los casos en los que los procedimientos a que se refiere puedan iniciarse en situaciones en las que únicamente existe una probabilidad de insolvencia, su propósito será evitar la insolvencia del deudor o el cese de su actividad.

<sup>6</sup> A partir de ahí, las previsiones legales se proyectan desde la perspectiva de que cualquier persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional pueda efectuar la comunicación de apertura de negociaciones con los

estrechamente relacionados, aunque no de forma absoluta, dado que no es imprescindible que se utilicen de forma conjunta. En efecto, es posible efectuar la comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración o solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración. El precurso, en especial los planes de reestructuración, debería permitir una actuación temprana con mejores resultados que el concurso de acreedores. En la reforma del texto refundido de la Ley Concursal los planes de reestructuración ocupan un lugar prevalente, considerados como un *instrumento preconcursal dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla* en cuya regulación *se ha preservado el carácter flexible (poco procedimental) de los acuerdos de refinanciación y se han incorporado elementos que les otorgan mayor eficacia que a estos últimos, como la posibilidad de arrastre de clases disidentes, sujeta al cumplimiento de ciertas salvaguardas para los acreedores, que constituye el núcleo del modelo*. No obstante, es discutible que se logre esta actuación temprana si se tiene en cuenta que en la legislación concursal española el precurso no sólo tiene como presupuesto la insolvencia probable o inminente, sino también la insolvencia actual y que las alertas tempranas incorporadas son muy reducidas. El

---

acreedores o solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración. Ciertamente, el diseño legal faculta al deudor para poner en marcha los referidos mecanismos preconcursales en los términos indicados -comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o solicitud directa de homologación de un plan de reestructuración- aunque en sede de planes de reestructuración, por tanto de forma previa a su posible homologación, también se confiere a los acreedores que reúnan determinado porcentaje de pasivo algunas opciones de actuación, principalmente vinculadas con la solicitud de nombramiento de experto. De manera que la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o la solicitud directa de homologación de un plan de reestructuración se configura como una facultad del deudor, mientras que en la solicitud de nombramiento de experto que se contempla en los planes de reestructuración se da entrada a la actuación de los acreedores que detentan determinados porcentajes de pasivo. La delimitación del presupuesto subjetivo se completa con una amplia lista de deudores que quedan excluidos: empresas de seguros o de reaseguros, entidades de crédito, empresas de inversión u organismos de inversión colectiva, entidades de contrapartida central, depositarios centrales de valores y otras entidades y entes financieros. Igualmente, en este presupuesto subjetivo tampoco se incluyen las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público, ni los deudores que reúnan la condición legal de microempresas que quedan obligatoriamente sujetas al procedimiento especial. Vid. FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Derecho preconcursal: una visión general», *Anuario de Derecho Concursal* 57 (2022) 9-49.

principio de alertas tempranas informa la Directiva sobre reestructuración e insolvencia y, en esa medida, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal incide en que lo tiene en cuenta, incorporando lo que considera como *algunos mecanismos de alerta temprana que permitan al deudor responsable detectar la necesidad de actuar para evitar o para encauzar la insolvencia*. Ahora bien, la opción legislativa en la reforma del texto refundido de la Ley Concursal es notoriamente reducida en lo que a la inclusión de alertas tempranas se refiere<sup>7</sup>, conformándose con incorporar el estado de insolvencia probable (probabilidad de insolvencia) que, además, convive con la insolvencia inminente y actual en el ámbito del precurso. Así, el precurso podría haberse configurado como una alternativa realmente previa al concurso, pero, sin embargo, se ha optado por admitirlo tanto en caso de insolvencia probable como de insolvencia inminente y actual.

---

<sup>7</sup> La reforma del texto refundido de la Ley Concursal contempla, para pequeñas y medianas empresas en dificultades, servicios de asesoramiento en un estadio temprano con el propósito de evitar su insolvencia (a solicitud de las empresas, de carácter confidencial y sin que implique obligaciones de actuación a las empresas que recurran a él ni asunción de responsabilidad alguna para los prestadores del servicio) y el mantenimiento de la página web de “autodiagnóstico de salud empresarial” del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, de acceso libre y gratuito, que les permita evaluar su situación de solvencia. Igualmente, se prevé que, en el plazo máximo de seis meses desde su entrada en vigor, se determinarán 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. Y, además, se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para incluir lo que considera una medida de alerta, aunque se señale expresamente que muy tardía. Así, se establece que, en caso de ejecución judicial, si el ejecutado no señalare bienes susceptibles de embargo o el valor de los señalados fuera insuficiente para el fin de la ejecución, se introduce el deber a cargo del letrado de la Administración de Justicia de advertir 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 pactar un plan de reestructuración de la deuda, con paralización de las ejecuciones durante esa negociación; 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. Por el contrario, no se han contemplado medidas de alerta temprana vinculadas a impagos impositivos o de cuotas que podrían haber procurado mayor alcance a la detección temprana de dificultades.

En estos términos se incorpora la probabilidad de insolvencia como estado previo a la insolvencia inminente y a la actual, vinculada fundamentalmente con el derecho preconcursal -aunque éste también sea posible en caso de insolvencia inminente y actual- e integrándose también la probabilidad de insolvencia en el presupuesto objetivo del procedimiento especial para microempresas y en caso de solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva (en ambas también se contempla la insolvencia inminente y actual)<sup>8</sup>. La principal novedad respecto a la probabilidad de

---

<sup>8</sup> Entre otros, Ana Belén CAMPUZANO, «Los estados de insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal* 58 (2023) monográfico 15-46. La insolvencia probable, inminente y actual integra el presupuesto objetivo del preconcursos, del procedimiento especial para microempresas y de la solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva. Mientras que en el concurso de acreedores el presupuesto objetivo incluye la insolvencia inminente y la insolvencia actual, además de la insolvencia cualificada. El deudor no es el único legitimado para solicitar su concurso, sino que también existen otros legitimados para ello cuando concurra la denominada insolvencia cualificada. Así, si la solicitud de declaración judicial de concurso se presenta por un acreedor —o cualquier otro legitimado distinto del propio deudor— el presupuesto objetivo es también la insolvencia; pero el solicitante no tiene que alegar y, en su caso, probar que el deudor se encuentra en la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles, sino que tiene que alegar la concurrencia de un “hecho externo” de los denominados “presuntos reveladores de la insolvencia”. La insolvencia debe ser una insolvencia cualificada por la concurrencia de un hecho externo de particular gravedad. El acreedor ha de alegar la existencia de alguno de los hechos enumerados taxativamente por la Ley Concursal: la existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme; la existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago; la existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor; el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor; el sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades; y el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor. De no alegarse la existencia de alguno de estos hechos enumerados taxativamente, el juez no puede admitir a trámite la solicitud. Por esta razón, cuando la solicitud procede de acreedor es necesario esperar a que la insolvencia se manifieste o exteriorice a través de alguno de esos hechos para que el acreedor pueda solicitar ante juez competente la declaración judicial de concurso. Vid. Ángel ROJO, «Presupuesto objetivo», en Ángel ROJO / Emilio BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, vol. I, Madrid, 2006, 164-193.

insolvencia es su determinación temporal: 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. Pues bien, en ese marco se conforman legalmente los estados de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual que se ordenan secuencialmente: la probabilidad de insolvencia es un estado previo a la insolvencia inminente (se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones)<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Esta delimitación temporal del estado de insolvencia inminente -tres meses- procede de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, ya que con anterioridad dicho estado se contemplaba, pero de forma indeterminada. En efecto, previamente lo único que se indicaba era que el estado de insolvencia inminente era aquel en el que el deudor preveía que no podría cumplir regular y puntualmente sus obligaciones, sin ningún tipo de indicación temporal al respecto. Por ello, se consideraba que la insolvencia inminente se configuraba en torno a la puntualidad en el pago, presentándose así como una situación de futuro, dado que el deudor todavía no ha incumplido puntualmente sus obligaciones exigibles, pero es previsible que ello se produzca en un plazo más o menos próximo, no delimitado legalmente (Auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de 8 de septiembre de 2008; Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Tarragona de 14 de marzo de 2022). Pues bien, en su momento, en la concepción de la derogada Ley Concursal de 2003, se consideró suficiente esta previsión de insolvencia inminente como presupuesto para el concurso voluntario, aunque con el transcurso del tiempo se pusieron de manifiesto no pocas dificultades interpretativas a la hora de determinar cuándo concurría dicho estado de insolvencia inminente. Esta indeterminación, unida a la frecuente tendencia a recurrir a los procesos de insolvencia cuando este estado se ha agravado, influyen en el reducido número de concursos que, frente a lo esperado, han sido declarados sin controversia con la insolvencia inminente como presupuesto objetivo (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 25 de noviembre de 2020). La delimitación temporal que ahora precisa el estado de insolvencia inminente -tres meses- pretende reducir algunas de esas controversias y, de forma adicional, marcar un tiempo secuencial que permita fijar estados temporales sucesivos respecto a la insolvencia actual, la insolvencia inminente y la insolvencia probable. Desde esa consideración, se conforma como una previsión de no poder cumplir regular y puntualmente las obligaciones dentro de los tres meses siguientes. Mientras que la insolvencia actual gira en torno al deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, la insolvencia inminente lo hace respecto al deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones dentro de los tres meses siguientes. El concepto se construye, pues, en torno a la previsión de la imposibilidad de cumplir en ese período. El adjetivo inminente significa “que amenaza o está para suceder prontamente”; insolvencia inminente equivale a insolvencia amenazante. De un lado, la insolvencia inminente exige una previsión

y ésta un estado previo a la insolvencia actual (se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles)<sup>10</sup>. El alcance de esos estados se diseña en el texto refundido de la Ley Concursal con flexibilidad. Mientras que el acceso al concurso de acreedores requiere insolvencia inminente o actual -además de la insolvencia cualificada y de que en caso de solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva se contemple también la probabilidad de insolvencia- la opción por un instrumento preconcursal dispone de un presupuesto objetivo específico, la probabilidad de insolvencia, pero no se restringe el acceso en situación de insolvencia inminente o actual. A este respecto, el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre,

---

de la imposibilidad de cumplir de modo regular y puntual las obligaciones existentes a medida que sean exigibles dentro de los tres meses siguientes. Al tratarse de una previsión, la insolvencia inminente no es un estado absolutamente seguro. De otro lado, insolvencia inminente no equivale a insolvencia en potencia y tampoco equivale a insolvencia posible. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea la imposibilidad de cumplir regular y puntualmente sus obligaciones dentro de los tres meses siguientes, y no el que prevea simplemente como posible que se encontrará en ese estado. El objeto de esa previsión es la imposibilidad de cumplir y, además, que esa situación se va a prolongar en el tiempo.

<sup>10</sup> La insolvencia actual es, pues, la imposibilidad de cumplir de modo normal las obligaciones a medida que vengán y sean exigibles por los acreedores. El deber del deudor de solicitar la declaración de concurso se vincula exclusivamente a la insolvencia actual: el deudor debe solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual. No se establece ese deber, por el contrario, en el estado de insolvencia inminente. Vid. Emilio BELTRÁN, «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *Anuario de Derecho Concursal* 11 (2007) 29-52; e «Insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia cualificada», en Jose Antonio GARCÍA-CRUCES / A. SARCINA, *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa (profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto)*, Bari, 2008, 51-71. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que el deudor -persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional- que se encuentre en estado de insolvencia actual puede comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra, en tanto no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario. Transcurridos tres meses desde la comunicación, el deudor que no haya alcanzado un plan de reestructuración debe solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente, salvo que no se encontrara en estado de insolvencia actual. Esta previsión, en caso de prórroga de los efectos de la comunicación, se aplicará a partir de la fecha en que finalice esa prórroga.

de reforma del texto refundido de la Ley Concursal incide en que, ciertamente, la Directiva no establece como presupuestos del precurso los mismos presupuestos del concurso de acreedores, sino uno específico; pero no prohíbe esa extensión. En la consideración legislativa esta opción flexible permite, mientras que la empresa sea económicamente viable, la reestructuración para evitar los riesgos de destrucción de valor asociados al procedimiento concursal. De manera que en el precurso el presupuesto objetivo abarca desde la probabilidad de insolvencia, a la insolvencia inminente y actual. La opción legislativa es clara, pero ello no es óbice para que, de nuevo, se haya perdido la oportunidad de construir un derecho preconcursal realmente previo -y no también alternativo- al concurso de acreedores.

### **3. El procedimiento para microempresas, pequeñas y medianas empresas**

La Directiva sobre reestructuración e insolvencia destaca expresamente que entre los deudores a los que debe prestarse especial atención se encuentran las microempresas y las pequeñas y medianas empresas (a las que conjuntamente denomina «pymes»). Así, señala que *las empresas, en particular las pymes, que representan el 99% de todas las empresas de la Unión, deben poder disfrutar de un planteamiento más coherente a escala de la Unión. Las pymes tienen más probabilidades de ser objeto de liquidación que de reestructuración puesto que tienen que soportar unos costes desproporcionadamente superiores a los de las empresas de mayor tamaño. Las pymes a menudo carecen de los recursos necesarios, especialmente cuando se enfrentan a dificultades financieras, para afrontar unos costes de reestructuración elevados y acogerse a los procedimientos de reestructuración más eficientes disponibles solo en algunos Estados miembros. Con el fin de ayudar a estos deudores a reestructurarse a bajo coste, deben elaborarse, a escala nacional, unas listas exhaustivas de control de los planes de reestructuración que estén adaptadas a las necesidades de las pymes y que puedan consultarse en línea. Además, se deben ofrecer herramientas de alerta temprana para advertir a los deudores de la necesidad urgente de actuar, teniendo en cuenta los recursos limitados de los que disponen las pymes para la contratación de expertos.* Con ese objetivo, en la legislación concursal española se incorporan dos bloques normativos diferenciados. El primero con algunas -no demasiadas- especialidades

para el precurso de pequeñas y medianas empresas, que no es excluyente, dado que podrían acudir también al concurso de acreedores. El segundo con todo un procedimiento especial para microempresas que es único para el tratamiento de la insolvencia de aquellas empresas que en los términos legales se consideran micro, al quedar éstas excluidas del concurso y del precurso.

Así, de un lado, se establece un régimen especial en sede de derecho precursoal -libro segundo de la Ley Concursoal- aplicable a las personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional, siempre que, de acuerdo con el balance del ejercicio anterior al que se haga la comunicación de negociaciones con los acreedores o se presente la solicitud de homologación del plan de reestructuración, reúnan las circunstancias siguientes: que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior no sea superior a cuarenta y nueve personas y que el volumen de negocios anual o balance general anual no supere los diez millones de euros. Concurriendo estas circunstancias, se contemplan algunas especialidades respecto a la comunicación de negociaciones con los acreedores y al plan de reestructuración -que no resultan aplicables cuando la sociedad pertenezca a un grupo obligado a consolidar- que pretenden facilitar el recurso a estos procedimientos a un deudor al que, de forma expresa, se confieren algunas de las decisiones relevantes de los mismos<sup>11</sup>. Además, en este régimen especial, el plan de reestructuración puede presentarse en un modelo oficial adaptado a las necesidades de las pequeñas empresas<sup>12</sup>. En todo caso, las especialidades lo son en el

---

<sup>11</sup> Este régimen especial se recoge en los artículos 682 a 684 del texto refundido de la Ley Concursoal que, entre otras previsiones, establece que la homologación del plan de reestructuración solo puede solicitarse si el deudor y, en su caso, los socios de la sociedad deudora lo hubieran aprobado y que la confirmación facultativa de las clases de acreedores solo puede ser solicitada por el deudor. Los referidos preceptos debe considerarse que se proyectan a pequeñas y medianas empresas, respecto a las cuales en sede de derecho precursoal la única referencia legal adicional se contempla en el régimen general del precurso, en los criterios generales de formación de clases (art. 623), al establecer que cuando los acreedores sean pequeñas o medianas empresas y el plan de reestructuración suponga para ellas un sacrificio superior al cincuenta por ciento del importe de su crédito, deben constituir una clase de acreedores separada.

<sup>12</sup> Modelo oficial artículo 684 de la Ley Concursoal (Plan de reestructuración). *En virtud del artículo 684 de la Ley Concursoal, el Plan de reestructuración se presentará en el siguiente modelo oficial, puesto a disposición del usuario para su descarga y cumplimentación.* <<https://sedejudicial.justicia.es/-/modelo-oficial-art.-684-ley-concursoal>

ámbito del precurso, sin que a estas empresas les esté vedado acudir al concurso de acreedores. Y, por expresa previsión legal, las referidas especialidades concursales no son aplicables si el deudor tiene la condición de microempresa, ya que éstas deben acudir necesariamente al procedimiento especial del libro tercero de la Ley Concursal.

En efecto, de otro lado, se incorpora el indicado procedimiento especial obligatorio para aquellos deudores que, en los términos que determina la legislación concursal, reúnan la condición de microempresa. Así, el procedimiento especial para microempresas resulta aplicable a los deudores personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan las siguientes características: haber empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores (el requisito se entiende cumplido cuando el número de horas de trabajo realizadas por el conjunto de la plantilla es igual o inferior al que habría correspondido a menos de diez trabajadores a tiempo completo); y tener un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud. Este procedimiento especial, de carácter modular, es único para estos deudores, ya que las microempresas no tienen acceso al concurso de acreedores (libro primero del texto refundido de la Ley Concursal) ni al precurso (libro segundo del texto refundido de la Ley Concursal). En efecto, el procedimiento especial contemplado en el libro tercero del texto refundido de la Ley Concursal excluye la aplicación de los libros primero (concurso de acreedores) y segundo (derecho precurso), aunque gran parte de sus reglas -con algunas especialidades- entroncan con lo establecido en ambos. En consonancia con la exclusión de las microempresas del concurso y del precurso, el procedimiento especial que les es aplicable tiene un presupuesto objetivo amplio: insolvencia probable (delimitada en el precurso) e insolvencia inminente o insolvencia actual (determinadas en el concurso de acreedores)<sup>13</sup>.

---

-plan-de-reestructuraci-c3-b3n-?inheritRedirect=true&redirect=https%3A%2F%2Fsedejudicial.justicia.es%2Ftramites-y-servicios%3Fp\_p\_id%3Dcom\_mju\_sgn-tj\_comcom\_portal\_search\_web\_internal\_portlet\_SearchPortlet%26p\_p\_lifecycle%3D0%26p\_p\_state%3Dnormal%26p\_p\_mode%3Dview>.

<sup>13</sup> Entre otros, Enrique SANJUÁN Y MUÑOZ, *Reestructuración y liquidación de microempresas en crisis*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022; Ignacio TIRADO MARTÍ,

Este procedimiento especial para microempresas por su flexibilidad, simplificación y carácter modular permitiría a éstas, en palabras del Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, disponer de un procedimiento que redujese notablemente los costes fijos -altos- del concurso de acreedores. Este procedimiento ha entrado en vigor el 1 de enero de 2023 y es a partir de entonces cuando podrá valorarse su eficiencia; mientras ha recibido numerosas críticas, principalmente, por tratarse de un sistema modular más complejo de lo que probablemente se pretendía y por reducir la participación de profesionales e instituciones a aquellos supuestos en que cumplan una función imprescindible, o cuyo coste sea voluntariamente asumido por las partes.

Desde esa perspectiva, en el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal se destaca que se introduce un procedimiento de insolvencia único, en un doble sentido. De un lado, porque este procedimiento especial podrá iniciarse tanto en situación de insolvencia actual o inminente -propio del concurso de acreedores- como en probabilidad de insolvencia -asociado principalmente con el precurso-. De otro lado, porque los deudores que tengan a estos efectos la consideración legal de microempresa deberán obligatoriamente afrontar la insolvencia a través del procedimiento especial previsto, quedándoles vedado el acceso al concurso de acreedores y a los instrumentos concursales.

Una de las características pretendidas para el procedimiento especial es la sencillez y flexibilidad. Ciertamente, es discutible que el diseño legal procure un procedimiento sencillo -lo que aún es más importante por las limitaciones que se contemplan a la intervención de profesionales- pero hay que reconocer que se persigue que las microempresas dispongan de un procedimiento propio, adaptado a sus circunstancias, que les proporcione la mejor alternativa, en tiempo, coste y resultados, para afrontar su situación. Ello conlleva un diseño algo complejo -que previsiblemente pretende atenuarse con el uso de formularios normalizados- en el que el concreto estado de insolvencia en el que se

---

«El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 211-253; José VELA PÉREZ, «El procedimiento especial de microempresas», *Anuario de Derecho Concursal* 58 (2023) monográfico, 475-510.

encuentre el deudor microempresa juega un papel relevante, así como quien solicita la apertura del procedimiento y su tramitación<sup>14</sup>.

Con carácter general, al determinar el presupuesto objetivo del procedimiento especial se dispone que éste será aplicable a aquellas microempresas que se encuentren en probabilidad de insolvencia, en estado de insolvencia inminente o en insolvencia actual<sup>15</sup>. Esta amplitud pretende poner de manifiesto que el procedimiento es idóneo para atender cualquiera de estos estados, pero no se actúa igual en todos ellos ni se afrontan con la misma tramitación. De hecho, ya en esta determinación del presupuesto objetivo del procedimiento especial se

---

<sup>14</sup> La Orden JUS/1333/2022, de 28 de diciembre, de condiciones de acceso y modo de funcionamiento del servicio electrónico, para la cumplimentación de los formularios normalizados y de las especificaciones técnicas de la plataforma electrónica de liquidación de bienes previstas en la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, tiene por objeto recoger las condiciones de acceso y modo de funcionamiento del servicio electrónico donde se podrá acceder y cumplimentar los formularios normalizados en ellos previstos, así como definir las especificaciones relativas a la operación y utilización de los servicios prestados por la plataforma electrónica de liquidación de bienes procedentes de procedimientos especiales de liquidación, en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional cuarta y el apartado 13 de la disposición adicional segunda de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. Por lo que se refiere a los formularios del procedimiento especial de microempresas vid. <<https://www.administraciondejusticia.gob.es/-/servicio-electronico-de-microempresas>>. En cuanto a la plataforma electrónica de liquidación de bienes, vid. <<https://www.administraciondejusticia.gob.es/-/plataforma-liquidacion-bienes-1>>.

<sup>15</sup> En la medida en que el procedimiento especial para microempresas puede tramitarse como procedimiento de continuación o como procedimiento de liquidación con o sin transmisión de la empresa en funcionamiento -aunque si al menos el ochenta y cinco por ciento de los créditos corresponden a acreedores públicos solo podrá tramitarse como procedimiento de liquidación- el presupuesto objetivo incide en la tramitación seguida. El estado de insolvencia en el procedimiento especial para microempresas también es relevante a otros efectos, principalmente, cuando ese estado es de insolvencia actual, al que se vinculan efectos y responsabilidades más severos que en los estados de insolvencia probable e insolvencia inminente. Así, además de los relacionados directamente con el procedimiento de continuación o de liquidación -en este último caso, con o sin transmisión de la empresa en funcionamiento- al regular las acciones para incrementar el patrimonio a disposición de los acreedores se dispone que la acción rescisoria solo podrá ser presentada en caso de insolvencia actual del deudor y esta regla, como el resto de las previstas para las acciones rescisorias, se declara aplicable para el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores, liquidadores o auditores de la sociedad deudora cuando se dirijan a exigir responsabilidad civil.

precisa el deber del deudor de solicitar la apertura del procedimiento especial dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiere conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual y que el procedimiento especial de liquidación sin transmisión de la empresa en funcionamiento requerirá la existencia de insolvencia actual o inminente, si lo solicita el deudor, o actual, si lo solicitan legitimados distintos del deudor<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> El procedimiento especial puede, en algunos casos, iniciarse con la comunicación de la apertura de negociaciones para microempresas. En efecto, cualquier microempresa puede comunicar al juzgado competente para la declaración de concurso la apertura de negociaciones con los acreedores con la finalidad de acordar un plan de continuación o una liquidación con transmisión de empresa en funcionamiento en el marco de un procedimiento especial, siempre que se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual. Teniendo en cuenta que, transcurridos los tres meses del periodo de negociaciones, el deudor que se encuentre en situación de insolvencia actual debe solicitar la apertura del procedimiento especial dentro de los cinco días hábiles siguientes.

Con carácter general, tanto el deudor como los acreedores solicitantes pueden optar entre un procedimiento especial de liquidación o uno de continuación. A ello se añaden los supuestos de conversión. De un lado, los acreedores cuyos créditos representen más de la mitad del pasivo podrán, en cualquier momento, solicitar la conversión del procedimiento de continuación en uno de liquidación sin necesidad de justificación adicional, siempre que el deudor se encuentre en insolvencia actual. De otro lado, los acreedores cuyos créditos representen un veinticinco por ciento del pasivo podrán, en cualquier momento, solicitar la conversión de un procedimiento de continuación en uno de liquidación cuando, objetivamente, no exista la posibilidad de continuación de la actividad en el corto y medio plazo. En los dos supuestos, recibida la solicitud de los acreedores por medio del correspondiente formulario normalizado, se notificará al deudor y al resto de los acreedores que podrán oponerse a la conversión por motivos tasados - la insuficiencia de la cuantía del pasivo instante de la conversión en el primer caso y la insuficiencia del pasivo o la posibilidad objetiva de continuación en el segundo- y, en ambos casos, el deudor podrá oponerse alegando que no se encuentra en estado de insolvencia actual. El juez resolverá mediante auto sobre la conversión del procedimiento transcurrido el plazo sin que se haya producido oposición. Cuando el deudor o los acreedores se hayan opuesto, el juez resolverá, aunque excepcionalmente podrá convocar a las partes a una vista. El juez rechazará la conversión si, atendiendo a los motivos tasados de oposición, se contrasta que no se han alcanzado las mayorías requeridas del pasivo o si se acredita objetivamente la posibilidad de continuación de la actividad a corto y medio plazo, y, en ambos casos, cuando quede acreditado que el deudor no se encuentra en estado de insolvencia actual.

## II. EL COSTE DE LA INSOLVENCIA

### 1. El coste temporal

Una solución a la insolvencia que no se retrase en el tiempo tiene evidentes ventajas en cuanto al coste del procedimiento, la viabilidad de la empresa o el grado de satisfacción de los acreedores. Entre otros objetivos, la Directiva sobre reestructuración e insolvencia persigue que las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, en particular con el fin de reducir su duración<sup>17</sup>. Así, la Directiva incide en que la reducción de la duración de los procedimientos de reestructuración contribuiría a incrementar los porcentajes de recuperación de los acreedores, ya que el paso del tiempo normalmente solo se traduce en una mayor pérdida de valor del deudor o de su empresa. La conclusión es incuestionable; un procedimiento largo se traduce en un deterioro de la situación –a todos los niveles– que raramente finaliza con éxito. Con frecuencia, la excesiva duración de un procedimiento se vincula

---

<sup>17</sup> En sus considerandos la Directiva sobre reestructuración e insolvencia destaca que mejorar estos marcos y los correspondientes procedimientos es necesario dado que (...) *existen diferencias entre los Estados miembros en cuanto al abanico de procedimientos de que disponen los deudores en dificultades financieras para reestructurar sus empresas. Algunos Estados miembros tienen una serie limitada de procedimientos que permiten la reestructuración de empresas solo en un momento relativamente tardío, en el marco de procedimientos de insolvencia. En otros Estados miembros, la reestructuración es posible en un momento más temprano, pero los procedimientos disponibles no son tan eficaces como deberían o son muy formales, en particular porque limitan el recurso a soluciones extrajudiciales. Las soluciones preventivas son una tendencia creciente en la normativa en materia de insolvencia. Se tiende a favorecer planteamientos que, a diferencia del clásico que consiste en la liquidación de las empresas en dificultades financieras, tengan por objeto la recuperación de estas o al menos el rescate de aquellas de sus unidades que sigan siendo económicamente viables. Dicho planteamiento, además de aportar otros beneficios a la economía, a menudo contribuye a mantener los puestos de trabajo o a reducir las pérdidas de puestos de trabajo (...)*. Por ello, al determinar el objeto y ámbito de aplicación de la Directiva se señala que, entre otras, establece normas sobre los marcos de reestructuración preventiva disponibles para los deudores en dificultades financieras cuando la insolvencia sea inminente, con objeto de impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad del deudor y las medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración.

con la autoridad competente para gestionarlo, en particular, cuando de un proceso judicial se trata, en el que la falta de medios y el respeto a las garantías jurisdiccionales puede traducirse en una prolongación temporal excesiva para alcanzar los fines del proceso<sup>18</sup>.

Bajo estas premisas la reestructuración preventiva que persigue impulsar la Directiva se asienta en la previsión de procedimientos que ofrezcan a los deudores en dificultades financieras soluciones eficientes –en coste y en resultados– siempre que exista viabilidad<sup>19</sup>. Para ello fija

---

<sup>18</sup> Por ello, insiste la Directiva en que los Estados miembros deben garantizar que los procedimientos de reestructuración (también los de insolvencia y exoneración de deudas) se tramiten de manera eficiente y rápida. Y, a título ejemplificativo, sugiere la creación de órganos jurisdiccionales o salas especializados, o el nombramiento de jueces especializados de conformidad con la normativa nacional, así como la concentración de la jurisdicción en un número limitado de autoridades judiciales o administrativas, que constituirían maneras eficientes de alcanzar los objetivos de seguridad jurídica y efectividad de los procedimientos, aunque reconoce que no debe obligarse a los Estados miembros a dar prioridad a estos procedimientos sobre otros. En todo caso, en el articulado la Directiva permite que el marco de reestructuración preventiva pueda consistir en uno o varios procedimientos, medidas o disposiciones, y que algunos de ellos puedan desarrollarse en un contexto extrajudicial, sin perjuicio de cualquier otro marco de reestructuración previsto en la normativa nacional. Incluso, los Estados miembros podrán establecer disposiciones que limiten la actuación de las autoridades judiciales o administrativas en un marco de reestructuración preventiva a los supuestos en que sea necesario y proporcionado, velando al mismo tiempo porque los derechos de las partes afectadas y de los interesados estén garantizados.

<sup>19</sup> La viabilidad ha de ser condición de los marcos de reestructuración preventiva, como, en gran medida, es requisito de cualquier procedimiento que pretenda tener éxito reestructurando o refinanciando las dificultades financieras de un deudor. La falta de viabilidad no sólo conlleva el mantenimiento artificial de actividades o empresas inviables, sino que una reestructuración sin viabilidad o con serias dudas sobre la recuperación de esa viabilidad puede agravar aún más la situación, en detrimento de todos los interesados o afectados. Por ello, la Directiva sobre reestructuración e insolvencia contempla que los Estados miembros puedan mantener o introducir una prueba de viabilidad en virtud de la normativa nacional, siempre que dicha prueba tenga por finalidad excluir a los deudores que no tengan perspectivas de viabilidad y que pueda llevarse a cabo sin comprometer los activos de los deudores. Así, unos adecuados marcos de reestructuración preventiva se considera que evitarán la insolvencia, limitando así la liquidación innecesaria de empresas viables y maximizarán el valor –en comparación con lo que habrían recibido en caso de liquidación de los activos de la empresa o en caso de aplicarse la mejor solución alternativa en ausencia de un plan de reestructuración–. Evitar, por tanto, liquidaciones innecesarias de empresas viables y maximizar el valor son algunas de las premisas esenciales del moderno Derecho de la insolvencia, sin perjuicio de que la delimitación de ambos postulados –viabilidad y maximización del valor– no esté, como es lógico, exenta de evidentes dificultades.

los objetivos y pautas de los marcos de reestructuración preventiva que han de establecer los Estados miembros –sin perjuicio de que pueden mantener o introducir en sus ordenamientos jurídicos nacionales marcos de reestructuración preventiva distintos de los previstos en la Directiva- y las características de estos procedimientos que, en gran medida, se asientan sobre la base de la adopción de planes de reestructuración y sus efectos<sup>20</sup>. También, en este ámbito, es relevante, para

---

<sup>20</sup> La Directiva define la reestructuración como *aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos*. A partir de ahí, incluye numerosas referencias a los marcos y a los procedimientos de reestructuración en sus prolijos considerandos y, en el articulado, centra su Título II en los marcos de reestructuración preventiva, incidiendo en su disponibilidad en los Estados miembros, la facilitación de las negociaciones, los planes de reestructuración, la protección de las operaciones relacionadas con la reestructuración y las obligaciones de los administradores sociales. Evidentemente, la consecución de estos objetivos, a través de procedimientos flexibles y eficientes, requerirá también, como destaca la Directiva, que los Estados miembros garanticen que los miembros de autoridades judiciales y administrativas que conozcan de estos procedimientos cuenten con una formación adecuada y con los conocimientos especializados necesarios para el ejercicio de sus funciones. Dicha formación y dichos conocimientos especializados pueden adquirirse también durante el ejercicio de las funciones de miembro de una autoridad judicial o administrativa o, antes de la asunción de dichas funciones, durante el ejercicio de otras funciones pertinentes.

Entre otros, Olga AHEDO PEÑA, «Marcos de reestructuración preventiva: regulación», *Unión Europea Aranzadi* 8-9 (2019); Alberto DÍAZ MORENO, «Socios, planes de reestructuración y capitalización de créditos en la Directiva (UE) 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal* 49 (2020) 7-64; Edorta ETXARANDIO HERRERA, «Marcos de reestructuración preventiva: vectores ideológicos», *Unión Europea Aranzadi* 8-9 (2019); Marta FLORES SEGURA, «La prueba del interés superior de los acreedores», *Revista de Derecho Mercantil*, 318 (2020); Francisco GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuraciones y segunda oportunidad: el arrastre de acreedores disidentes y la llamada “regla de prioridad absoluta», *Anuario de Derecho Concursal* 43 (2018) 11-38; Carlos GÓMEZ ASENSIO, «La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 12 (2020) 472-511; Inmaculada HERBOSA MARTÍNEZ / Cristina Clementina ARENAS ALEGRÍA, «La Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: su repercusión sobre las pequeñas y medianas empresas (PYMES)», *Unión Europea Aranzadi*, 8-9 (2019); María Isabel HUERTA VIESCA, «La Unión Europea ante la insolvencia: sucinta aproximación a la novísima Directiva sobre marcos de

reducir la duración de los procedimientos, la utilización de medios electrónicos de gestión y comunicación. Ello permitiría realizar trámites y actuaciones de forma rápida, aunque, lógicamente, el uso de los medios electrónicos se vincula no sólo a la necesaria seguridad de los mismos, sino también a los requisitos para la participación de todos los interesados<sup>21</sup>.

La mayor rapidez o celeridad es también uno de los objetivos perseguidos por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal. Aunque se parte de que la Directiva 2019/1023 impone a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para asegurar que los procedimientos de insolvencia se tramiten de forma rápida -y eficiente- también se señala que no determina qué medidas deben adoptarse para conseguirlo, por lo que corresponde a cada Estado incorporar aquellas medidas que considere más adecuadas. Y es en la valoración de la experiencia de los concursos de acreedores en España donde se destaca que la rapidez (y la eficiencia) no se ha alcanzado. El punto de partida es considerar que el precurso permite una reestructuración rápida y, además, libera recursos para lograr

---

reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración», en Andrés SÁNCHEZ SANTAMARÍA, *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: estudios sobre la Unión Europea. Homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Pamplona, 2019, 573-588; Cayetana LADO CASTRO-RIAL, «Líneas esenciales de la Directiva», *Unión Europea Aranzadi* 8-9 (2019); Ángel ROJO, «La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva», *Anuario de Derecho Concursal* 42 (2017) 99-111; Alberto TAPIA HERMIDA, «El nuevo marco europeo para la reestructuración empresarial ante la megacrisis del Covid-19: la Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia», *La Ley Unión Europea* 89 (2021); IDEM, «Decálogo del nuevo marco europeo para la reestructuración empresarial ante la megacrisis del Covid-19: la Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia», *Diario La Ley* 9793 (2021).

<sup>21</sup> La Directiva establece que los Estados miembros velarán por que, en los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, las partes en el procedimiento, el administrador concursal y la autoridad judicial o administrativa puedan llevar a cabo por medios electrónicos de comunicación, incluso en situaciones transfronterizas, al menos las siguientes acciones: a) la reclamación de créditos; b) la presentación de planes de reestructuración o reembolso; c) notificaciones a los acreedores; d) la presentación de impugnaciones y recursos. Aunque, no hay que olvidar que en los plazos de incorporación de la Directiva se excepcionan las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28 (utilización de medios electrónicos de comunicación), letras a), b) y c) que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2024 y letra d) que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2026.

una gestión más rápida de los concursos de acreedores: *los instrumentos preconcursales eficaces incrementan la eficiencia del sistema de insolvencia de forma directa, al posibilitar una reestructuración temprana y rápida, pero también de forma indirecta, al liberar recursos administrativos y descongestionar el procedimiento concursal, permitiendo así una gestión más rápida de los concursos.* A partir de ahí, se incorporan diversas modificaciones en el proceso concursal para agilizarlo -los concursos de acreedores son demasiado largos- e incrementar su eficiencia, a través de la reducción de lo que identifica como exceso de procesalismo y de judicialismo: reducción de trámites, conexión de plazos y reformulación de las decisiones judiciales y de aquellas que puede adoptar la administración concursal.

En fin, igualmente han de tenerse en cuenta las diversas medidas de celeridad incorporadas en el procedimiento especial para microempresas, que se concibe como un instrumento rápido. De hecho, se parte de que se establecen dos itinerarios posibles, ambos caracterizados por su celeridad: *una liquidación rápida (fast-track) o un procedimiento de continuación de rápida gestión y flexible.*

## **2. El coste económico**

Es evidente que el coste económico de los procedimientos de insolvencia debe ser proporcional a las funciones que procura. La cuestión no es sencilla de concretar, sobre todo en lo que se refiere a los costes derivados de la intervención de profesionales que es, sin duda, uno de los aspectos de mayor repercusión en el coste económico. En todo caso, se aprecia una clara evolución hacia procedimientos de insolvencia en los que no siempre es obligatorio el nombramiento de un profesional (por ejemplo, en la legislación concursal española así sucede en el procedimiento especial para microempresas y en el precurso) y cuando este nombramiento se produce se incrementan el número de supuestos en los que son los proponentes -o los acreedores o parte de ellos- quienes deben asumir, al menos inicialmente, el coste de la intervención de profesionales (tendencia que no sólo se aprecia en el precurso o en procedimientos dirigidos a pequeñas y medianas empresas, sino también en el propio concurso de acreedores).

En esta línea, en el ámbito del derecho preconcursal los procedimientos de reestructuración evolucionan hacia un modelo en el que

no siempre es obligatorio el nombramiento de profesional y en otros supuestos éste es propuesto por las partes y son los proponentes quienes asumen su coste, sin perjuicio de que posteriormente pueda repercutirse. Así, en la medida en que en la reestructuración preventiva que contempla la Directiva europea se parte de no “desapoderar” al deudor, ésta considera que el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración no debe ser siempre obligatorio –dependerá de las concretas circunstancias de cada caso, aunque los Estados pueden considerarlo obligatorio en determinadas circunstancias- para evitar costes innecesarios. En otros supuestos, en concreto cuando es una mayoría de acreedores quien solicite el nombramiento, se prevé que sean los acreedores quienes asumen los costes y honorarios del administrador en materia de reestructuración. En consonancia con ello, en la normativa concursal española se introduce la figura del experto en reestructuración, regulando aspectos relativos a su nombramiento y estatuto. En los que el texto refundido de la Ley Concursal considera nombramientos obligatorios de experto se dispone que *lo soliciten acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. En la solicitud, los acreedores, o algunos de ellos, deberán asumir expresamente la obligación de satisfacer la retribución del experto. La asunción de la obligación de pago quedará sin efecto si en el plan de reestructuración homologado por el juez se previera expresamente que la retribución del experto fuera a cargo del deudor.* Debe entenderse que el nombramiento es obligatorio porque no queda a la discrecionalidad judicial –como sucede en otros supuestos- considerar y motivar la necesidad de este nombramiento, sino que el juez debe proceder en todo caso al nombramiento, si el propuesto cumple las condiciones, experiencia y requisitos legales para el desempeño. Lo que se prevé, es evidente, es que los acreedores puedan instar este nombramiento, pero nada más de forma adicional. También los acreedores pueden solicitar el nombramiento de experto en otro supuesto –que la normativa concursal califica como especial- en el que es menor el pasivo que han de detentar, pero en el que la decisión final sobre la necesidad del experto corresponde al juez: *si no hubiera sido nombrado experto en la reestructuración, los acreedores que representen, al menos, el treinta y cinco por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración, podrán solicitar al juez el nombramiento de uno*

*determinado, razonando en la solicitud las circunstancias concurrentes en el caso para que sea necesario ese nombramiento.* En este supuesto -en el que también han de asumir la obligación de satisfacer la retribución del experto, aunque igualmente quedará sin efecto si en el plan de reestructuración homologado por el juez se previera expresamente que la retribución del experto fuera a cargo del deudor- el juez *dará traslado al deudor de la solicitud de los acreedores por plazo de dos días, quien podrá oponerse al nombramiento razonando que no es necesario o que no reúne las condiciones para el ejercicio del cargo. Igualmente, podrán solicitar el nombramiento de un experto distinto, en cuyo caso deberá asumir expresamente la obligación de satisfacer la retribución del que proponga.* Y es el juez quien, mediante auto, finalmente decidirá *si atendiendo a las circunstancias del caso, procede o no el nombramiento solicitado y, en caso afirmativo, procederá al nombramiento del experto propuesto por los acreedores.* Como en el caso del nombramiento obligatorio, es evidente que los acreedores pueden solicitar al juez también en este supuesto especial el nombramiento de experto, pero nada más tampoco de forma adicional. Los referidos supuestos de nombramiento a solicitud de los acreedores que detentan el pasivo mínimo previsto se completan con la posibilidad de sustitución del experto. En este caso, los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración pueden pedir al juez la sustitución del experto nombrado a solicitud del deudor o, en su caso, de una minoría de acreedores (reiterando la exigencia de compromiso expreso de los acreedores, o de algunos de ellos, de satisfacer la retribución del experto; asunción de la obligación de pago que quedará sin efecto si, en el plan de reestructuración homologado por el juez, se previera expresamente que la retribución del experto sustituto fuera a cargo del deudor). En este supuesto, la dicción legal se limita a señalar que el juez acordará la sustitución mediante auto -que podrá impugnarse- sin precisar si dicha sustitución debe acordarla de forma obligatoria.

Mientras, en el concurso de acreedores, la Directiva europea se limita a exigir que los Estados miembros velen por que la retribución de los administradores concursales se rija por normas que estén en consonancia con el objetivo de conseguir una resolución eficiente de los procedimientos. Las consideraciones que pueden realizarse a la relación entre las funciones y el coste de los profesionales son bien conocidas en

el proceso evolutivo de la legislación concursal española<sup>22</sup>. En efecto, en el modelo de administración concursal del derecho español —pendiente aún de desarrollo— ha tenido gran impacto esta cuestión. Sin entrar en cuestiones de evolución legislativa y del necesario y pendiente desarrollo reglamentario<sup>23</sup>, cabe destacar que en el marco de la

---

<sup>22</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo 459/2016, Sala Civil, de 5 de julio de 2016, al tratar la modulación de los honorarios de la administración concursal, señala que (...) 1. *Una de las características que debe informar cualquier procedimiento concursal es que el coste del propio procedimiento sea ajustado al objetivo principal que se persigue, la mayor y más equitativa satisfacción de los acreedores ordinarios, lo que no puede producirse si dicho coste es tan elevado que consume buena parte de los —por definición escasos— recursos que existen para lograr esa satisfacción. Cuestión que no es nueva y que ya preocupaba con la anterior legislación, puesto que las entonces denominadas «deudas de la masa» repercutían sobre los créditos contra el quebrado, hasta el punto de poder llegar a hacerlos totalmente incobrables, en el caso de que los bienes no fueran bastantes para cubrir su importe (véanse las sentencias de esta Sala de 18 de diciembre de 1952, 2 de octubre de 1953 y 8 de julio de 1955). Y aunque, ciertamente, son varios los aspectos de la legislación concursal que dificultan esa finalidad de satisfacción de los acreedores concursales, uno de los que mayor impacto tiene en el coste del concurso es el de las retribuciones que perciben los profesionales que intervienen a lo largo del proceso.* 2. *En el ámbito legislativo ya se ha tomado conciencia del problema y ha habido varias reformas tendentes a esta reducción de costes, que si bien son posteriores a la fecha de nombramiento del recurrente como administrador concursal, sirven de orientación para la resolución del recurso. En lo que respecta a los honorarios de los profesionales integrantes de la administración concursal, el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, reformó el régimen de la retribución de la administración concursal, aunque parcialmente quedara pendiente de una norma reglamentaria. Para ello, fijó las reglas a las que debía ajustarse el arancel de derechos de los administradores concursales, imputó los honorarios de los expertos independientes a la retribución de la administración concursal y, respecto a la determinación de las actuaciones del letrado administrador concursal que deben entenderse incluidas en esa condición, estableció que la dirección técnica de los recursos e incidentes se entenderá incluida en sus funciones. A su vez, el preámbulo del Real Decreto-ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal, dice: «[e]l fundamento de la Ley concursal es garantizar el cobro de sus créditos a los acreedores, bajo el principio de la «par conditio creditorum». El trabajo de todos los profesionales implicados en los procesos concursales es esencial para tal fin, pero su remuneración debe ajustarse a los servicios realmente desempeñados y en todo caso a unos límites que garanticen que la masa no se reduce de tal manera que frustre el objetivo final del cobro por los acreedores. Con el Real Decreto-ley 3/2009 se fijaron una serie de reglas para la remuneración de la administración concursal basadas en los principios de efectividad y limitación» (...).*

<sup>23</sup> El 1 de septiembre de 2020 entró en vigor el texto refundido de la Ley Concursal que aprobó el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo. Sin embargo, la regularización, aclaración y armonización que persigue este texto no alcanza a todas

eficiencia que persigue la Directiva comunitaria, y que desde hace tiempo también busca la legislación concursal española, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal también invoca la eficiencia como una de las reglas a la que habrá de ajustarse el arancel que determine la retribución de la administración concursal. En palabras de la Exposición de Motivos de la reforma concursal: *la Directiva establece previsiones relativas a los mecanismos necesarios para relacionar retribución y eficiencia, conflicto de intereses y supervisión del ejercicio del cargo por parte del administrador concursal. Con el fin de fomentar la celeridad y agilidad del procedimiento, se entiende que la eficiencia debe ser promovida no solo por reducciones a la retribución sino también con incentivos a la pronta resolución de los trámites.* La regla no es novedosa, aunque sí se altera su redacción. Así, la legislación concursal española, consolida el arancel con cargo a la masa como el sistema elegido para fijar la retribución de la administración concursal, sujeto a una serie de reglas necesarias (exclusividad, limitación, duración del concurso y eficiencia). A partir de ahí, aclara cuestiones referidas al orden de pago de los honorarios de la administración concursal, en particular, en los supuestos de insuficiencia de masa sobrevinida, al considerar imprescindible para la liquidación la retribución de la administración concursal durante la fase de liquidación. En efecto, se incide en que se han introducido algunas normas que tratan de evitar

---

las previsiones de la legislación concursal. El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo –tras incidir en su necesidad el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado– incluye una disposición transitoria única que deja pendiente de entrada en vigor, entre otros aspectos, el referido a la retribución de la administración concursal, que continúa regulándose por las reglas previstas tras la reforma de la legislación concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal proyecta un plazo máximo de seis meses desde su entrada en vigor (26 de septiembre de 2022) para aprobar el Reglamento de la administración concursal. Hasta que se produzca ese desarrollo reglamentario se establece un régimen transitorio que se limita a mantener en vigor lo que existe en la actualidad: *en tanto no se apruebe por el Gobierno, conforme a la disposición final decimotercera, el Reglamento de la administración concursal en el que se establecerá el acceso a la actividad, el nombramiento de los administradores concursales y su retribución, continuarán resultando de aplicación la disposición transitoria única del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, así como, en materia de arancel, la disposición transitoria tercera de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.*

pronunciamientos judiciales en materias tradicionalmente conflictivas, entre las que se incluye, en caso de insuficiencia de la masa activa, la declaración de que tiene la consideración de crédito imprescindible para la liquidación la retribución de la administración concursal en esta fase. Pero, sobre todo, adopta previsiones que tienden a trasladar a los acreedores -o a algunos acreedores, atendiendo a su legitimación y actuación- el coste de estos honorarios; en determinadas situaciones o actuaciones la retribución de la administración concursal fijada conforme a las reglas del arancel no se asumirá por la masa, sino que serán los acreedores, o con mayor precisión los legitimados que así lo decidan, los que deberán asumir este coste. Así sucede en los supuestos de declaración de concurso sin masa. Tras la reforma del texto refundido de la Ley Concursal, las previsiones legales establecidas para la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa simultánea a la declaración del concurso (el llamado concurso exprés) han sido suprimidas, de forma que esta situación no se regula ya en sede de conclusión del concurso, sino en la de declaración del concurso. El cambio es mucho más que sistemático porque como destaca el Preámbulo de la Ley 16/2022 *se sustituyen los concursos que nacen y fenecen al mismo tiempo por un sistema más abierto al control de los acreedores* que, al solicitar la declaración de concurso, habrán de asumir la retribución de la administración concursal<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Se introduce en el texto refundido de la Ley Concursal una nueva sección -la 4ª, en el capítulo V del título I del libro primero- bajo la rúbrica de la declaración de concurso sin masa. Ello supone un nuevo régimen legal para esta situación en el que se considera que existe concurso sin masa cuando concurren los supuestos siguientes por este orden: a) El concursado carezca de bienes y derechos que sean legalmente embargables; b) El coste de realización de los bienes y derechos del concursado fuera manifiestamente desproporcionado respecto al previsible valor venal; c) Los bienes y derechos del concursado libres de cargas fueran de valor inferior al previsible coste del procedimiento; y d) Los gravámenes y las cargas existentes sobre los bienes y derechos del concursado lo sean por importe superior al valor de mercado de esos bienes y derechos. A partir de ahí, se fijan las especialidades de la declaración de concurso sin masa, de forma que si concurren los supuestos previamente delimitados como concurso sin masa, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores, con expresión del pasivo que resulte de la documentación, sin más pronunciamientos, ordenando la remisión telemática al Boletín Oficial del Estado para su publicación en el suplemento del tablón edictal judicial único y la publicación en el Registro público concursal con llamamiento al acreedor o a los acreedores que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo a fin de que, en el plazo de quince días a contar del siguiente a la publicación del edicto, puedan solicitar el nombramiento de un administrador

### 3. El coste reputacional

El coste reputacional que supone para el deudor quedar sujeto a un procedimiento de insolvencia continúa siendo, en algunos supuestos,

---

concurzal para que presente informe razonado y documentado sobre si existen indicios suficientes: de que el deudor hubiera realizado actos perjudiciales para la masa activa que sean rescindibles; o para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica concursada, o contra la persona natural designada por la persona jurídica administradora para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados; o para que el concurso pueda ser calificado de culpable. De estas especialidades -y de la que se añade relativa a que el auto de declaración de concurso, en caso de que el deudor fuera empleador, se notificará a la representación legal de las personas trabajadoras-interesa destacar la referida a la solicitud que el acreedor o acreedores, que representen al menos el cinco por ciento del pasivo, pueden realizar para el nombramiento de administrador concursal. Si nadie formula esa solicitud en plazo, el deudor persona natural puede presentar solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho. Ahora bien, si, dentro del plazo, el acreedor o acreedores que representen al menos el cinco por ciento del pasivo formulara solicitud de nombramiento de administrador concursal para que emita el indicado informe, el juez procederá al nombramiento mediante auto para que, en el plazo de un mes a contar desde la aceptación, emita el informe solicitado. Y se establece expresamente que en ese mismo auto se fijará la retribución del administrador por la emisión del informe encomendado, cuya satisfacción corresponderá al acreedor o acreedores que lo hubieran solicitado, aunque la previsión legal no determina los criterios para fijar el importe de la retribución por este informe, lo que propicia que puedan sostenerse diversas interpretaciones (vid. *Encuentro de la jurisdicción mercantil de Andalucía, Concursos sin masa*, Granada 10 y 11 de noviembre de 2022). En todo caso, en los concursos sin masa el nombramiento de la administración concursal para la elaboración del referido informe debe solicitarse por los acreedores legitimados para ello y la retribución por el mismo corresponde al solicitante o solicitantes. Para la elaboración de este informe se prevé que el deudor debe facilitar de inmediato toda la información que le sea requerida por el administrador concursal. Si en dicho informe el administrador concursal aprecia la existencia de los indicios suficientes para el ejercicio de acciones de reintegración, responsabilidad o calificación, el juez dictará auto complementario con los demás pronunciamientos de la declaración de concurso y apertura de la fase de liquidación de la masa activa, continuando el procedimiento. Se añade, en fin, que el administrador concursal deberá ejercitar las acciones rescisorias y las acciones sociales de responsabilidad antes de que transcurran dos meses a contar desde la presentación del informe. Si no lo hiciera, el acreedor o los acreedores que hubieran solicitado el nombramiento de administrador concursal estarán legitimados para el ejercicio de esas acciones dentro de los dos meses siguientes. El régimen de las costas y de los gastos será el establecido en el texto refundido de la Ley Concursal para los casos de ejercicio subsidiario de acciones por los acreedores.

relevante. En efecto, la insolvencia tiene a menudo repercusiones sociales y reputacionales -el estigma social- que conforman un importante desincentivo. Ciertamente, este coste reputacional es mayor en los procesos concursales que en los procedimientos preconcursales, pero ello no significa que estos últimos sean totalmente ajenos a esta cuestión, tanto por las consecuencias negativas que se mantienen vinculadas con los deudores que se encuentran en dificultades financieras -que aunque van progresivamente reduciéndose no han terminado de desaparecer por completo- como por el hecho de que la prolongación de un procedimiento de reestructuración pueda terminar por afectar negativamente al deudor y a su actividad. De ahí la relevancia de asegurar, siempre que sea posible, el funcionamiento ordinario de la actividad del empresario durante el curso de las negociaciones y la celeridad en la conclusión de éstas<sup>25</sup>.

En el derecho concursal español la declaración en concurso de acreedores, por sí sola, no implica represión o estigma del deudor -por eso ya la Exposición de Motivos de la derogada Ley Concursal de 2003

---

<sup>25</sup> El no desapoderamiento del deudor en el ámbito de los mecanismos preconcursales es una de las características que la Directiva sobre reestructuración e insolvencia considera vinculadas a la idoneidad de estas alternativas preconcursales y que acoge la reforma del texto refundido de la Ley Concursal. En efecto, el desapoderamiento del deudor se produce en el proceso concursal, mientras que en el precurso se parte de que no hay este desapoderamiento. La manifestación del texto refundido de la Ley Concursal es clara a este respecto. Lo es cuando regula el primero de esos mecanismos preconcursales, la comunicación de negociaciones con los acreedores, que no hay que olvidar que su fin es alcanzar un plan de reestructuración y que deja a iniciativa del deudor. Es el deudor, persona natural o jurídica, el que puede comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra, tanto en caso de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, como en caso de insolvencia actual mientras no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario. Esta facultad del deudor, en caso de persona jurídica, compete al órgano de administración que, en esta comunicación, puede también solicitar el nombramiento de experto en la reestructuración. En efecto, se dispone que la comunicación no tiene efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integran el patrimonio del deudor. Es más, se puntualiza que el nombramiento por el juez de un experto en la reestructuración, cuando proceda, tampoco tendrá efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integren el patrimonio del deudor. Esta última afirmación debe considerarse extensiva a todos los supuestos en los que el juez nombra un experto en la reestructuración.

hablaba de la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil- pero no ha de olvidarse que el concurso de acreedores mantiene la sección de calificación -e incluso una calificación abreviada en el procedimiento especial para microempresas cuando la solución es la liquidación y los legitimados para ello lo solicitan de manera justificada- entre cuyos fines se encuentra sancionar civilmente determinadas conductas<sup>26</sup>. Como señala el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, la Directiva sobre reestructuración e insolvencia *no contiene previsiones específicas en materia de calificación del concurso, dado que se trata de una institución que no tiene reflejo en el resto de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en los que, por el contrario, se encuentra muy desarrollado el Derecho penal de la insolvencia, con funciones parcialmente semejantes a las de la calificación*<sup>27</sup>. La legislación concursal española si mantiene la

---

<sup>26</sup> La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 1 de septiembre de 2010 destaca que *la sección de calificación no es un proceso de investigación general acerca de la actuación económica de la concursada o de las personas afectadas por la calificación, ni sobre la certeza o inexactitud de las causas que dan lugar a la declaración de concurso, sino que se dirige a dilucidar si se han llevado a cabo hechos que tienen encaje en alguna de las hipótesis legales de calificación de concurso culpable, bien en la general (...), bien en las específicas (...)*. Y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 30 de junio de 2011 indica que *el legislador no atribuye a la situación de insolvencia un carácter peyorativo, negativo o perjudicial que pueda justificar por sí sola una reacción sancionatoria. El régimen sancionador encuentra su justificación y fundamento en la propia conducta (desvalor de la acción) del deudor común (dolo y culpa grave) y en el resultado (desvalor del resultado) consistente en el agravamiento o causación del estado de insolvencia. Así, el criterio legal de atribución de responsabilidad no se fundamenta en la insolvencia (...), sino en la conducta activa u omisiva del deudor respecto a la producción o agravación de la misma*.

<sup>27</sup> Al impacto de la sección de calificación se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo 254/2019 de 7 de mayo, en la que se plantea un supuesto en el que una entidad bancaria interpone demanda de protección jurisdiccional civil del derecho al honor contra los periodistas que escribieron varios artículos que la entidad considera que constituyen una intromisión ilegítima en su honor y contra la editora -y su director- del periódico digital que los publicó. Un primer artículo versaba sobre las cuentas anuales presentadas por la entidad en un concreto ejercicio económico; los otros, sobre la implicación de otra entidad bancaria, posteriormente integrada en ella, en actividades de blanqueo de capitales y de alzamiento de bienes en una sociedad que se encontraba en concurso. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ante la que se recurrió, consideraron que la conducta de los demandados estaba amparada por el ejercicio legítimo de las libertades de información y, en menor medida, de expresión, puesto que se informó sobre hechos de relevancia pública, de manera veraz, en el sentido que a este requisito otorgan tanto el Tribunal

---

Constitucional como el Tribunal Supremo, y no se realizaron juicios de valor injuriosos. La entidad bancaria interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, basado en dos motivos, en los que circunscribe su impugnación a las informaciones que le imputan comportamientos delictivos y a la que le atribuyó haber realizado “contabilidad creativa” en la elaboración de las cuentas anuales de un concreto ejercicio económico. Centrándonos en el primer motivo del recurso de casación, la entidad bancaria denuncia que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido los artículos 18.1 y 20.4 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como la jurisprudencia relativa al juicio de ponderación, al calificar jurídicamente como no lesivas del derecho al honor algunas expresiones que la propia sentencia admite como “inadecuadas”, como la que afirma que a la entidad bancaria “se le considera culpable y cómplice de delitos”. En el desarrollo del motivo se alega que para que las noticias que atribuyen comportamientos delictivos puedan ampararse en el legítimo ejercicio de la libertad de información, se exige que dicha imputación delictiva sea veraz. Sin embargo, en el caso enjuiciado, la inexactitud que la Audiencia Provincial imputa al periodista versaría sobre una cuestión sustancial en el contenido de la noticia. Dice la recurrente que “el periodista transformó deliberadamente en una “investigación” del SEPBLAC por la “implicación de otro banco en un delito de lavado de dinero negro” de cuyos delitos la entidad bancaria sería “cómplice y culpable”, lo que no era más que la respuesta del SEPBLAC a una solicitud de prueba planteada por la administración concursal ante un Juzgado de lo Mercantil en una pieza de calificación de un proceso concursal de naturaleza civil, no penal”, pues “la única potencial responsabilidad del referido banco sería en el marco de dicho procedimiento concursal y que ésta sería meramente económica (“indemnizar por los daños y perjuicios causados”), nunca penal (“cómplice y culpable de delitos”)”. La recurrente también alega que no puede considerarse una “mera inexactitud” lo acaecido con las informaciones sobre las reuniones entre el SEPBLAC y la entidad bancaria; y que el periodista no observó la diligencia exigible pues solo se puso en contacto con el abogado de la entidad bancaria en el procedimiento concursal. Respecto a este primer motivo del recurso de casación, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2019 entiende que la Audiencia Provincial ha aplicado correctamente la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo relativa a la ponderación que es necesario realizar cuando entran en conflicto las libertades de información y de expresión y el derecho al honor. Así, se considera que para realizar esa ponderación no pueden tomarse en consideración aisladamente algunas frases o expresiones de los artículos periodísticos. Y tampoco pueden contemplarse aspectos aislados de los hechos que son objeto de los artículos periodísticos para determinar el interés público de la cuestión objeto de la información y el cumplimiento del requisito de la veracidad de la información. En este sentido, sintetizando los hechos relevantes descritos por la Audiencia Provincial, se destaca que en un proceso concursal tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal habían solicitado la calificación del concurso como culpable y que la primera solicitó que el banco, hoy integrado en la entidad bancaria recurrente, fuera declarado cómplice.

Y, se indica que, aunque es cierto que un proceso concursal no es un proceso penal, también es cierto que la sección de calificación de un proceso concursal tiene un aspecto sancionatorio y que algunas de las causas por las que un concurso puede

---

calificarse como culpable pueden ser constitutivas también de una infracción penal. Y así sucedía, al menos indiciariamente, en el proceso concursal sobre el que versaba la información, en el que se acusaba al administrador social de haber distraído una elevada cantidad de dinero del patrimonio social mediante disposiciones en efectivo y mediante cheques al portador, lo que podía constituir también un delito de blanqueo de capitales. En la comunicación que el organismo encargado de prevenir el blanqueo de capitales -el SEPBLAC- remitió al juzgado, se manifestó que el banco -posteriormente integrado en la entidad bancaria recurrente- debió haber informado de tal conducta al citado organismo. Y la administración concursal solicitó, por tales hechos, que dicho banco fuera declarado cómplice en la sentencia que calificara el concurso como culpable. Asimismo, lo acontecido con la sociedad concursada (el alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores y el blanqueo de capitales) era objeto de un proceso penal. En definitiva, se considera que pese a haber incurrido en imprecisiones, la esencia de la información facilitada por el periódico sobre estos hechos no podía ser calificada de inveraz: se había producido una conducta presuntamente delictiva, que era objeto de un proceso penal; el banco incumplió su obligación de informar de la misma al organismo encargado de prevenir el blanqueo de capitales; y en la sección de calificación del concurso en el que esa conducta era alegada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal como determinante del carácter culpable del concurso, la administración concursal había solicitado que el banco fuera declarado cómplice. Habida cuenta de que el periodista había tenido acceso a los documentos del proceso concursal en que se reflejaban estos hechos y había consultado con el abogado que defendía a la entidad bancaria en dicho proceso, tampoco se entiende que pueda hablarse de falta de diligencia en la averiguación de los hechos. Y teniendo en cuenta que está reconocida la existencia de reuniones entre el SEPBLAC, organismo supervisor en la prevención del blanqueo de capitales, y responsables de la entidad bancaria, la formulación de hipótesis razonables por parte del periodista sobre el alcance de estas reuniones (que la entidad bancaria había sido convocada por el SEPBLAC y que este había hecho a la entidad bancaria objetivo prioritario de sus investigaciones) está amparada por el legítimo ejercicio de la libertad de prensa, pues es incompatible con esta libertad impedir que se formulen razonadamente conjeturas (STC 171/1990, de 12 de noviembre y STS 437/2015, Sala Primera, de 2 de septiembre). A este respecto, se señala que si en la investigación de hechos tan graves como los que afectan al blanqueo de capitales, y en la publicación del resultado de esa investigación, para que su conducta no se considere ilegítima y vulneradora del derecho al honor, se exigiera a los medios de información un rigor y exactitud absolutos, se cercenaría gravemente la libertad de prensa, en un modo incompatible con las exigencias que se derivan del artículo 20.1.a y d de la Constitución y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Las libertades de expresión e información no constituyen simples derechos de libertad, que reclaman la ausencia de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación. Son también garantía de una institución política fundamental, la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas. En definitiva, se considera que concurriendo el requisito de la relevancia pública de la

sección de calificación en el concurso de acreedores -de hecho, no sólo la mantiene, sino que tras su reforma amplía los supuestos de apertura- y parece indiscutible que la sección de calificación tiene efectos importantes sobre el deudor<sup>28</sup>.

## Bibliografía

- AHEDO PEÑA, Olga «Marcos de reestructuración preventiva: regulación», *Unión Europea Aranzadi* 8-9 (2019)
- BELTRÁN, Emilio «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *Anuario de Derecho Concursal* 11 (2007) 29-52.; IDEM, «Insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia cualificada», en Jose Antonio GARCÍA-CRUCES / A. SARCINA, *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa (profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto)*, Bari, 2008, 51-71.

---

información, no siendo suficiente para desvirtuar el cumplimiento del canon de la veracidad las inexactitudes y errores circunstanciales de la información, y difundándose esta por un medio de prensa institucionalizado como es el diario digital que las publica, debe prevalecer el ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de información y de expresión, que por tanto excluye la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del banco.

<sup>28</sup> La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 21 de noviembre de 2007 ya destacaba la importancia de la sección de calificación en el concurso y la finalidad de defensa tanto de intereses privados como públicos que ésta cumple. Así, señala que *los efectos de la calificación pueden ser personales y patrimoniales. Dualidad que permite afirmar que la calificación concursal tiene una doble función, ya que no solo atiende a los intereses privados de los acreedores afectados, lo que explica las medidas patrimoniales dirigidas a su resarcimiento, sino también un interés público y general consistente en que los sujetos afectados por la calificación al menos de manera temporal no puedan seguir actuando en el tráfico económico gestionando bienes ajenos porque su actuación dolosa o con culpa grave lo justifica, evitando así que puedan afectar negativamente con su comportamiento en el futuro a terceros potenciales acreedores*. En relación con la sección de calificación concursal, entre otros, Jesús QUIJANO, “La modificación del régimen de la calificación del concurso”, en Inmaculada HERBOSA, *El concurso y la conservación de la empresa: debates sobre nuestra inminente nueva Ley Concursal* Pamplona, 2022, 329-347; Angel ROJO / Ana Belén CAMPUZANO (dirs.), *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, Pamplona, 2013; Miguel MARTÍNEZ MUÑOZ, *La calificación del concurso de acreedores*, Pamplona, 2019; Abel Joan SALA, “La reforma de la calificación del concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 58 monográfico (2023) 141-201.

- CAMPUZANO, Ana Belén, «Los estados de insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal* 58 (2023) monográfico 15-46.
- DÍAZ MORENO, Alberto «Socios, planes de reestructuración y capitalización de créditos en la Directiva (EU) 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal* 49 (2020) 7-64
- ETXARANDIO HERRERA, Edorta «Marcos de reestructuración preventiva: vectores ideológicos», *Unión Europea Aranzadi* 8-9 (2019)
- FLORES SEGURA, Marta «La prueba del interés superior de los acreedores», *Revista de Derecho Mercantil*, 318 (2020)
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuraciones y segunda oportunidad: el arrastre de acreedores disidentes y la llamada “regla de prioridad absoluta», *Anuario de Derecho Concursal* 43 (2018) 11-38; IDEM, «El Derecho preconcursal: una visión general», *Anuario de Derecho Concursal* 57 (2022) 9-49.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos «La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 12 (2020) 472-511.
- HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada / ARENAS ALEGRÍA, Cristina Clementina «La Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: su repercusión sobre las pequeñas y medianas empresas (PYMES)», *Unión Europea Aranzadi*, 8-9 (2019)
- HUERTA VIESCA, María Isabel «La Unión Europea ante la insolvencia: sucinta aproximación a la novísima Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración», en Andrés SÁNCHEZ SANTAMARÍA, *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: estudios sobre la Unión Europea. Homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Pamplona, 2019, 573-588
- LADO CASTRO-RIAL, Cayetana «Líneas esenciales de la Directiva», *Unión Europea Aranzadi* 8-9 (2019);
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel *La calificación del concurso de acreedores*, Pamplona, 2019.
- QUIJANO, Jesús «La modificación del régimen de la calificación del concurso», en Inmaculada HERBOSA, *El concurso y la conservación*

- de la empresa: debates sobre nuestra inminente nueva Ley Concursal* Pamplona, 2022, 329-347
- ROJO, Ángel «Presupuesto objetivo», en Ángel, ROJO / Emilio BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, vol. 1, Madrid, 2006, 164-193; IDEM, «La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva», *Anuario de Derecho Concursal* 42 (2017) 99-111.
- ROJO, Ángel / CAMPUZANO, Ana Belén (dirs.), *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, Pamplona, 2013.
- SALA, Abel Joan “La reforma de la calificación del concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 58 monográfico (2023) 141-201.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique, *Reestructuración y liquidación de microempresas en crisis*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- TAPIA HERMIDA, Alberto «El nuevo marco europeo para la reestructuración empresarial ante la megacrisis del Covid-19: la Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia», *La Ley Unión Europea* 89 (2021); IDEM, «Decálogo del nuevo marco europeo para la reestructuración empresarial ante la megacrisis del Covid-19: la Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia», *Diario La Ley* 9793 (2021).
- TIRADO MARTÍ, Ignacio, «El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 211-253.
- VELA PÉREZ, José «El procedimiento especial de microempresas», *Anuario de Derecho Concursal* 58 (2023) monográfico, 475-510.



---

**PARTE II**

---

**SUSPENSÃO DAS MEDIDAS  
DE EXECUÇÃO E PREPARAÇÃO  
DO PLANO DE RECUPERAÇÃO**

**SUSPENSIÓN DE LAS MEDIDAS  
DE EJECUCIÓN Y PREPARACIÓN  
DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN**



# Suspensão das medidas de execução e preparação do plano de recuperação: situação em Portugal

✉ [https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao\\_empresas/parte02\\_1](https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte02_1)

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS\*

*Resumo:* A L 9/2022, de 11 de abril, trouxe consigo várias alterações ao regime do PER. Entre elas destacam-se, por exemplo, as relativas à suspensão das medidas de execução de que trata o artigo 17.º-E do CIRE. As modificações que o preceito sofreu ficam a dever-se, em grande medida, à necessidade de transpor a Diretiva (UE) 2017/1023. Porém, a transposição veio fazer surgir vários problemas de articulação com outras normas daquele processo especial.

*Palavras-chave:* insolvência; recuperação de empresas; processo especial de revitalização

*Abstract:* Law 9/2022 of 11 April brought several changes to the PER regime. These include, for example, those relating to the stay dealt with in Article 17-E of CIRE. The changes made to the provision are largely due to the need to transpose Directive (EU) 2017/1023. However, the transposition has raised several problems of articulation with other rules of that special procedure. This will be the topic to be addressed in the next lines.

*Keywords:* insolvency; business recovery; special revitalization procedure

*Sumário:* 1. O perímetro. 2. Suspensão das medidas de execução. 2.1. Nota introdutória. 2.2. Os créditos constituídos depois da decisão de nomeação do administrador judicial provisório 2.3. As ações executivas para cobrança de créditos. 3. A aprovação e homologação

---

\* Professor Associado, Univ Coimbra, IJ, FDU. ORCID ID 0000-0001-6480-3492.

do plano de recuperação e as ações executivas suspensas. 4. A duração da suspensão. 5. A prorrogação do prazo de suspensão das medidas de execução. 6. O levantamento da suspensão. 7. Efeitos quanto aos processos de insolvência. 8. Notas finais

## 1. O perímetro

O regime de que nos vamos ocupar consta fundamentalmente do artigo 17.º-E do CIRE. Várias alterações ali introduzidas resultam do teor dos artigos 6.º e 7.º da Diretiva (UE) 2019/1023, que também faz referência ao regime da suspensão das medidas de execução. Essa suspensão permite ao devedor respirar, embora à custa dos credores. A folga que obtém deve ser usada para que as negociações possam chegar a um plano de recuperação.

A suspensão das medidas de execução é uma solução bem conhecida. O Guia da UNCITRAL faz-lhe referência (Recomendação 50)<sup>1</sup>, bem como o Chapter 11 do Bankruptcy Code dos USA. Neste último caso, deve ser destacado que a jurisprudência dos USA tem reconhecido eficácia extraterritorial à suspensão<sup>2</sup>. Em Singapura, a Companies Act (s. 211C) tornava possível estender a suspensão a entidades relacionadas com o devedor<sup>3</sup>.

As novidades nacionais não dizem respeito à existência de um período de suspensão, pois o CIRE já o previa no artigo 17.º-E, mas agora a contagem do período é feita de maneira diferente<sup>4</sup>.

De acordo com o artigo 17.º-E, 1, do CIRE, o despacho com a nomeação do administrador judicial provisório leva a que se inicie um período máximo de 4 meses durante o qual ocorre o que a lei designa «suspensão das medidas de execução».

---

<sup>1</sup> Chamando também a atenção para isso mesmo, Gerard McCORMACK, *The European Restructuring Directive*, Cheltenham: Elgar, 2017, 111.

<sup>2</sup> V. Gerard McCORMACK, *The European Restructuring Directive*, 111.

<sup>3</sup> Gerard McCORMACK, *The European Restructuring Directive*, 116.

<sup>4</sup> Na redação anterior à L 9/2022, a suspensão durava enquanto perdurassem as negociações e prolongava-se, consoante os casos: *a)* Até à prolação do despacho de homologação; *b)* Até à prolação do despacho de não homologação; *c)* Até ao apuramento do resultado da votação se o plano de recuperação não for aprovado; *d)* Até ao encerramento das negociações nos termos do artigo 17.º-G, 1 e 5 (também com a redação anterior à L 9/2022).

Esse período de suspensão das medidas de execução é relevante para outros aspetos. Desde logo, porque durante aquele período ficam suspensos os prazos de prescrição e de caducidade que sejam oponíveis pela empresa (artigo 17.º-E, 9, c)).

Além disso, durante o período de suspensão das medidas de execução os credores vão ver consideravelmente limitados os seus direitos quanto aos contratos executórios essenciais (artigo 17.º-E, 10, na redação da L 9/2022)<sup>5-6</sup>7.

Durante o mesmo período de suspensão de medidas de execução ficam suspensos processos de insolvência pendentes em que se tenha pedido a declaração de insolvência da empresa desde que esta não tenha sido declarada, e suspendem-se também novos processos de insolvência com o mesmo pedido.

É ainda importante lembrar que o dever de apresentação à insolvência não se aplica durante o período de suspensão das medidas de execução, como resulta do artigo 18.º, 2, a), do CIRE8.

Apenas trataremos dos efeitos da suspensão das medidas de execução no que diz respeito aos efeitos sobre as ações executivas e os processos de insolvência.

---

<sup>5</sup> São «contratos executórios essenciais os contratos de execução continuada necessários à continuação do exercício corrente da atividade da empresa, incluindo quaisquer contratos de fornecimento de bens ou serviços cuja suspensão levaria à paralisação da atividade da empresa» (artigo 17.º-E, 11, aditado pela L 9/2022). V. também o artigo 7.º, 4, da Diretiva 2019/1023.

<sup>6</sup> A solução consagrada naquele artigo 17.º-E, 10, diz respeito a dívidas constituídas antes da suspensão. Quanto ao preço de bens ou serviços essenciais à atividade da empresa que não sejam pagos durante o período referido no artigo 17.º-E, 10, serão consideradas dívidas da massa insolvente se a empresa vier a ser declarada insolvente nos dois anos posteriores ao termo do período de suspensão das medidas de execução (artigo 17.º-E, 12, aditado pela L 9/2022, que substituiu o regime do n.º 9, e ressalvando o disposto no artigo 10.º da L 23/96)).

<sup>7</sup> Já o artigo 17.º-E, 13, ao considerar nulas certas cláusulas contratuais (que fazem parte das designadas cláusulas *ipso facto*) não consagra propriamente um efeito da suspensão das medidas de execução.

<sup>8</sup> V. o artigo 7.º, 1, da Diretiva: «Se, durante o período da suspensão das medidas de execução, emergir uma obrigação, nos termos do direito nacional, de um devedor apresentar um pedido de abertura de um processo de insolvência suscetível de terminar na liquidação do devedor, essa obrigação deve ser suspensa pela duração da suspensão em causa».

## 2. Suspensão das medidas de execução

### 2.1. Nota introdutória

A suspensão das medidas de execução insere-se no que habitualmente se designa por efeitos processuais da decisão de nomeação do administrador judicial provisório. Durante o período da suspensão, o artigo 17.º-E, 1, do CIRE, por um lado, impede a instauração de ações executivas contra a empresa para cobrança de créditos<sup>9</sup> e, por outro, suspende, mais uma vez quanto à empresa, as ações em curso com idêntica finalidade.

O período de suspensão tem uma duração máxima inicial de quatro meses (artigo 17.º-E, 1). Verificadas certas circunstâncias, poderá essa duração ser prorrogada por um mês (artigo 17.º-E, 2). Assim, o período poderá ter, no total, uma duração de cinco meses.

Se a decisão a nomear o administrador judicial provisório *obsta à instauração* das novas ações executivas para cobrança de créditos, não parece adequado falar em *suspensão* de medidas de execução. É mais do que isso: trata-se de um *requisito negativo* para que a ação possa ser instaurada<sup>10</sup>.

Ao fazer agora apenas menção às ações executivas, a nova redação do CIRE veio resolver algumas dúvidas. O artigo 17.º-E, 1, na sua anterior versão, fazia referência a «quaisquer ações para cobrança de dívidas contra a empresa» e a «ações em curso com idêntica finalidade [...]»<sup>11</sup>. Discutiu-se durante muito tempo o que se deveria entender por «ações para cobrança de dívidas» e, nomeadamente, se estas abrangiam ações declarativas. Esse problema ficou resolvido.

No entanto, o artigo 17.º-E, 1, é enganador. A suspensão das medidas de execução não abrange «ações executivas para cobrança de créditos emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação» (artigo 17.º-E, 4)<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> V., porém, o artigo 180.º, 1, do CPPT.

<sup>10</sup> Para desenvolvimentos, Alexandre de Soveral MARTINS, *Um curso de direito da insolvência*, vol. II, 161.

<sup>11</sup> O artigo 17.º-D, 2, faz referência à publicação no Citius do despacho a nomear o administrador judicial provisório, o mesmo surgindo dito no artigo 222.º-E, 6. Mas v., sobre a publicação no Citius, o artigo 5.º do DL 79/2017 e o artigo 13.º da Portaria 267/2018, de 20 de setembro.

<sup>12</sup> V. também o artigo 6.º, 2, da Diretiva 2019/1023. No entanto, o segundo parágrafo daquele n.º 2 permitia que os Estados-Membros aplicassem a suspensão

Há igualmente que contar com o regime das garantias financeiras, como parece decorrer da ressalva contida no artigo 31.º, 1, *b*), da Diretiva 2019/1023. O artigo 18.º, 1, do DL 105/2004 estabelece, por exemplo que os contratos de garantia financeira produzem efeitos nas condições e termos convencionados ainda que seja aberto ou prossiga um processo de liquidação ou de adoção de medidas de saneamento.

Por sua vez, o artigo 31.º, 3, da Diretiva 2019/1023 estabelece que a mesma não prejudica a aplicação da Convenção da Cidade do Cabo relativa a Garantias Internacionais sobre Materiais de Equipamento Móvel e seu Protocolo sobre equipamento aeronáutico. Portugal não será parte na Convenção (v. o site do UNIDROIT – <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/>), mas a UE aderiu. No entanto, a UE declarou que os Estados-Membros mantêm a sua competência no que diz respeito às normas substantivas de direito da insolvência e o mesmo foi declarado quanto ao Protocolo sobre equipamento aeronáutico. Relativamente a este último, a UE não declarou que aplicaria alguma das alternativas do artigo XI do Protocolo<sup>13</sup>.

O artigo 31.º, 1, a), da Diretiva 2019/1023, por sua vez, obriga a ter em conta o regime das ordens de transferência, da sua oponibilidade a terceiros e do caráter definitivo da compensação. É o que vemos tratado no artigo 283.º, 2, do CVM.

Há ainda necessidade de atender ao regime dos fundos relativamente a instituições de pagamento e instituições de moeda eletrónica, como se extrai do artigo 31.º, 2, da Diretiva 2019/1023. O artigo 121.º da L 91/2018, de 12 de novembro, é particularmente

---

também para os créditos dos trabalhadores «se e na medida em que garantam o pagamento desses créditos em regime de reestruturação preventiva com um nível de proteção semelhante». A verdade, porém, é que Portugal não garante aquele pagamento com um «nível de proteção semelhante» (recorde-se o que escrevemos no nosso *Um curso de direito da insolvência*, vol. I quanto ao FGS, FCT e FCGT).

<sup>13</sup> De qualquer modo, e apesar de Portugal não ser parte na Convenção e no referido Protocolo, poderão colocar-se questões complexas tendo em conta a jurisprudência do TJUE Sobre o tema em geral, DAVID FENNELLY, «Cape Town Convention and international sanctions the case of European Union sanctions against Russia», in *Cape Town Convention Journal*, 2015, 4, 1, p. 83-102. A p. 89, o autor escreve: «In Case C-344/04 *IATA*, the Court [...] confirmed that international agreements 'prevail over provisions of secondary Community legislation. International agreements concluded by the EU would *a fortiori* prevail over any conflicting provisions of Member States' law», mencionando a esse propósito o Acórdão proferido no caso *Soysal and Savatli*, C-228/06.

importante, pois dele decorre o caráter irrevogável, em regra, das ordens de pagamento.

A nova redação do artigo 17.º-E, 1, não resolve todas as dificuldades. O preceito também faz referência às *ações em curso* com idêntica finalidade. Quanto estas, não se torna claro se são igualmente apenas as *ações executivas* a ficar suspensas. Uma ação em curso com idêntica finalidade é apenas a ação executiva para cobrança de créditos? Ou é qualquer ação para cobrança de créditos? A ação em curso com idêntica finalidade inclui a ação de condenação?

Na nossa opinião, justifica-se entender que as ações em curso suspensas são apenas as *ações executivas* em curso. Desde logo, porque essa leitura se harmoniza melhor com a parte anterior do preceito, que apenas alude às *ações executivas*.

Depois, porque também se pode falar de uma *finalidade executiva* para as ações. A finalidade da ação será obter a execução do património para cobrança de um crédito.

Ao que foi dito acresce a epígrafe do artigo 17.º-E: trata-se de suspensão das medidas de *execução*.

A leitura da Diretiva 2019/1032 também ajuda. Desde logo, o Considerando (32) mostra que a suspensão de medidas de execução tem em vista permitir que o devedor possa «continuar a exercer a sua atividade ou, pelo menos, preservar o valor do seu património, durante as negociações». E isto adequa-se muito melhor às *ações executivas*.

A suspensão das medidas de execução não abrange a instauração de novas ações de condenação. No entanto, as novas ações de condenação serão mais perturbadoras para a empresa do que as ações de condenação em curso. Com estas já se contava. Se as novas ações de condenação não são suspensas, por maioria de razão não devem considerar-se suspensas as ações de condenação já propostas.

## **2.2. Os créditos constituídos depois da decisão de nomeação do administrador judicial provisório**

Que dizer, porém, das ações executivas que dizem respeito a *créditos constituídos depois da decisão de nomeação do administrador judicial provisório*? A decisão de nomeação do administrador judicial provisório também obsta à instauração dessas ações executivas?

Julgamos que o artigo 17.º-E, 1, abrange essas ações executivas<sup>14</sup>. Por um lado, a *letra da lei* vai nesse sentido: é de *quaisquer* ações executivas para cobrança de créditos que ali se trata.

Por outro lado, será igualmente essa a solução que melhor satisfaz *o objetivo* de permitir que as negociações alcancem um plano de recuperação suscetível de aprovação e homologação.

O próprio artigo 17.º-F, 1 (na redação da L 9/2022), ao estabelecer que a decisão de homologação do plano não vincula esses credores quanto a *créditos ainda não constituídos* à data da decisão de nomeação do administrador judicial provisório, serve de apoio à referida leitura. Os créditos constituídos após a nomeação do AJP *não serão afetados* pelo plano homologado, mas também *não será possível intentar ações executivas* com base neles durante o período de suspensão de medidas de execução. Parece equilibrado.

### 2.3. As ações executivas para cobrança de créditos

O artigo 17.º-E, 1, mostra que as novas ações executivas para cobrança de créditos não podem ser instauradas e que as ações em curso com idêntica finalidade ficam suspensas.

Mas que ações executivas «para cobrança de créditos» estão em causa? Apenas as ações executivas para *pagamento de quantia certa*? Ou também as ações executivas para *prestação de facto* ou para *entrega de coisa certa*?<sup>15</sup>.

No CPC, o artigo 10.º, 4, considera ações executivas «aquelas em que o credor requer as providências adequadas à realização coativa de uma obrigação que lhe é devida». Acrescenta o artigo 10.º, 6, do CPC que o «fim da execução, para o efeito do processo aplicável, pode consistir no pagamento de quantia certa, na entrega de coisa certa ou na prestação de um facto, quer positivo quer negativo».

Se a ação executiva visa obter a realização coativa de uma obrigação, o lado ativo da relação é constituído por um crédito. Um crédito pode dizer respeito não apenas a uma quantia em dinheiro, mas

---

<sup>14</sup> Mas v., com outra leitura, David Sequeira DINIS/Constança Borges SACOTO, «Créditos Pré e Pós PER», RDI 1 (abril 2017) 60-76, a p. 61, nt. 6; e Maria do Rosário EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, 8.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, 458.

<sup>15</sup> Sobre o estado das opiniões antes do DL 79/2017, v. Alexandre de Soveral MARTINS, *Um curso de direito da insolvência*, vol. II, 165, nota 131.

também a outro tipo de prestações. O crédito é o lado ativo da relação obrigacional<sup>16</sup>.

Além disso, a letra do artigo 17.º-E, 1, parece abranger também as execuções para prestação de facto ou para entrega de coisa certa: obsta-se à instauração de «quaisquer ações executivas». Não têm de ser ações executivas «comuns» para «cobrança de créditos»: podem ser «especiais»<sup>17</sup>.

A isto podemos acrescentar que a própria Diretiva considera que a suspensão de medidas de execução prevista no artigo 6.º diz respeito, em regra, a todos os tipos de créditos (n.º 2).

As ações executivas para cobrança de créditos que não podem ser intentadas ou que ficam suspensas, nos termos do artigo 17.º-E, 1, não são apenas as que digam respeito a créditos incluídos na lista definitiva de créditos ou que tenham sido reclamados. Isso parece resultar do que lemos no artigo 17.º-E, 11, que considera vinculados pela decisão de homologação do plano de recuperação até mesmo os credores que não hajam reclamado os seus créditos ou participado nas negociações quanto aos créditos constituídos na data da decisão que nomeou o administrador judicial provisório.

Já é mais discutível que os processos cautelares de execução também constituam ações executivas «para cobrança de créditos»<sup>18</sup>. Poderia dizer-se que, porque são cautelares, não se destinam à «cobrança de créditos». Nessa medida, a epígrafe do artigo 17.º-E poderia induzir em erro. No entanto, essa leitura afetaria a possibilidade de criar um ambiente propício às negociações. Daí que nos pareça mais adequado que, pelo menos quanto aos processos em causa que visem obter as «providências adequadas à realização coativa de uma obrigação» (CPC, artigo 10.º, 4), também sejam abrangidos pelos efeitos suspensivos.

### **3. A aprovação e homologação do plano de recuperação e as ações executivas suspensas**

Na versão anterior à L 9/2022, o artigo 17.º-E, 1, dispunha ainda que as ações suspensas se extinguiriam logo que fosse «aprovado e

---

<sup>16</sup> V. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 1986, 57.

<sup>17</sup> Assumindo a distinção, v. os artigos 550.º e 551.º do CPC.

<sup>18</sup> V. Alfredo de Soveral MARTINS, *Processo e Direito Processual Executivo*, Coimbra: Centelha, 1984-1985, 86 e ss.

homologado plano de recuperação», salvo quando este previsse a sua continuação»<sup>19</sup>. Nada disso surge agora previsto na nova redação.

O artigo 222.º-E, 1, estabelece, quanto ao PEPAP, que as ações executivas «para cobrança de dívidas» que estavam suspensas se extinguem «logo que seja aprovado e homologado acordo de pagamento, salvo quando este preveja a sua continuação». Tendo em conta o artigo 17.º-A, 3, somos levados a crer que a mesma solução deve valer para o PER quanto às consequências da aprovação e homologação do plano de recuperação<sup>20</sup>.

#### 4. A duração da suspensão

A suspensão das medidas de execução dura por um período máximo de quatro meses<sup>21</sup>, podendo esse período ser prorrogado por um mês em certos casos<sup>22</sup>. A partir de que momento se produz a suspensão das medidas de execução? É a partir da decisão de nomeação do administrador judicial provisório (artigo 17.º-E, 1).

Mas isso significa que se produz a suspensão a partir do momento em que a decisão de nomeação do administrador judicial é *proferida*?<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> No processo de insolvência, encontramos os efeitos da declaração de insolvência sobre ações pendentes dos artigos 85.º e ss., e em especial os efeitos sobre as ações executivas identificados no artigo 88.º. No PEPAP, v. o artigo 222.º-E, 1. No PEVE, v. o artigo 8.º, 1, a), da L 75/2020. No RERE, v. os artigos 11.º e 25.º da L 8/2018.

<sup>20</sup> Sobre a necessidade ou não de trânsito em julgado da sentença de homologação, v. Alexandre de Soveral MARTINS, *Um curso de direito da insolvência*, vol. II, 276 e ss.

<sup>21</sup> O artigo 6.º, 4, da Diretiva 2019/1023 estabelece o seguinte: «A duração inicial de uma suspensão das medidas de execução é limitada a um período máximo não superior a quatro meses».

<sup>22</sup> Na Espanha, a Ley 16/2022, de 5 de setembro, alterou a *Ley Concursal* para transpor a Diretiva 2019/1023 (sobre a entrada em vigor da Ley 16/2022, v. a *Disposición final decimonovena*). Está agora prevista uma suspensão de três meses (artigos 600 e 601 da *Ley Concursal*) no âmbito do *preconcurso* (artigos 583 e ss. da *Ley Concursal*). Esse prazo pode ser prorrogado por outros três meses (artigo 607 da *Ley Concursal*). Para o *procedimiento especial para microempresas*, v. o artigo 694, 4, da *Ley Concursal*.

<sup>23</sup> V., perante o regime anterior à L 9/2022 e referindo-se a uma suspensão *ope legis*, Catarina SERRA, *Lições de direito da insolvência*, cit., p. 397. Mais recentemente, Maria do Rosário EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, p. 461. Sobre o dever de dar a conhecer na ação de cobrança de dívida que o PER está pendente, Ac. STJ de 17.12.2015, Proc. 845.12.ITBABF.EI.SI (Relatora: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), também referido por Catarina SERRA, *ibid.*, nt. 726.

Ou é a partir da sua *publicação* no portal devido, por força do artigo 37.º, 7 (v. artigo 17.º-C, 8, que era o n.º 5 antes da L 9/2022)?

Há casos em que a lei manda contar prazos a partir da data da publicação no portal devido: é o que se passa no artigo 17.º-F, 2 e 3. No entanto, e apesar do disposto no artigo 17.º-A, 3, tal solução levaria a sujeitar a produção dos efeitos em causa a eventuais atrasos na publicação da decisão.

A suspensão das medidas de execução permite que o ambiente negocial seja mais tranquilo, pois evita que a empresa esteja a preocupar-se com o andamento dos processos agora suspensos. Trata-se, desde logo, de garantir um porto seguro (*safe Harbour*) com águas tranquilas. Para que isso suceda, é importante que o início do período da suspensão ocorra com a maior brevidade possível. Em certa medida, isso é assegurado pelo facto de o despacho de nomeação do administrador judicial provisório dever ser proferido «de imediato» (v. artigo 17.º-C, 5)<sup>24</sup>. A suspensão das medidas de execução evita que se desencadeiem corridas atrás do património da empresa, com os efeitos prejudiciais que isso poderia ter<sup>25</sup>.

O artigo 17.º-E, 1, refere-se a um período máximo de quatro meses para a duração da suspensão das medidas de execução. No entanto, pensamos que não está à disposição do juiz fixar um período *inferior*.

Ainda assim, a suspensão das medidas de execução pode durar menos do que esses quatro meses. Basta pensar nos casos em que o artigo 17.º-G, 4, seja aplicável, pois ali se prevê que o encerramento do PER quando a empresa não está insolvente e as negociações são encerradas antes do fim do prazo acarreta a extinção de todos os efeitos do PER.

A suspensão das medidas de execução é automática e decorre da lei. Não carece de decisão judicial a declará-la. Não tinha de ser assim, pois a Diretiva exige que os Estados-Membros assegurem que os devedores possam beneficiar dessa suspensão, mas também permite que fique prevista a possibilidade de ver recusada a concessão da suspensão caso esta «não seja necessária ou caso não alcance o objetivo» de apoiar as

---

<sup>24</sup> Para uma interpretação do preceito, v. Alexandre de Soveral MARTINS, *Um curso de direito da insolvência*, 145 e ss.

<sup>25</sup> Sobre a importância da *stay* para enfrentar o *common pool problema*, Kenneth AYOTTE, «7. On the mandatory stay of secured creditors in bankruptcy», in Barry E. ADLER, ed., *Research Handbook on Corporate Bankruptcy Law*, Cheltenham: Elgar, 2020, 150-176, p. 150.

negociações do plano de reestruturação num regime de reestruturação preventiva. Teria sido melhor deixar aberta esta possibilidade. Casos haverá em que os ativos podem não ser necessários para a reestruturação<sup>26</sup>.

## 5. A prorrogação do prazo de suspensão das medidas de execução

O prazo inicial de suspensão das medidas de execução pode ser prorrogado por um mês nos casos previstos no artigo 17.º-E, 2, na versão dada pela L 9/2022<sup>27</sup>. Vejamos quais são eles.

Em primeiro lugar, a prorrogação pode ter lugar se ocorreram «progressos significativos nas negociações do plano de reestruturação» (alínea *a*)).

A segunda situação prevista é a de a prorrogação se revelar «imprescindível para garantir a recuperação da atividade da empresa» (alínea *b*)).

Por fim, a prorrogação é ainda possível se a continuação da suspensão não prejudicar «injustamente os direitos ou interesses das partes afetadas» (alínea *c*)<sup>28</sup>.

A prorrogação depende de requerimento fundamentado da empresa, de um credor ou do administrador judicial provisório. Esse requerimento deve ser apresentado antes de terminar o prazo de negociações, que não coincide necessariamente com o prazo inicial de suspensão das medidas de execução. Com efeito, o prazo de negociações é de dois

---

<sup>26</sup> Lembrando isso mesmo, Gerard McCORMACK, *The European Restructuring Directive*, 126.

<sup>27</sup> V. também o artigo 6.º, 7, da Diretiva 2019/1023. Para a Espanha, e na redação dada pela Ley 16/2022, v. o artigo 607 da *Ley Concursal*.

<sup>28</sup> O CIRE não dá critérios para efetuar a avaliação, mas o Considerando (36) da Diretiva 2019/1032 faz menção à possibilidade de equacionar «se a suspensão preservará o valor global do património em causa, e se o devedor está a agir de má-fé ou com dolo ou se, em termos gerais, está a agir contra as expectativas legítimas do conjunto dos credores». Embora o Considerando tenha em vista os casos de levantamento da suspensão das medidas de execução, os critérios ali estabelecidos poderão ser usados a propósito da decisão sobre o pedido de prorrogação. V. também o Considerando (37). Convocando ambos os Considerandos, Tomáš RICHTER, «Article 6», in Christoph PAULUS / Reinhard DAMMANN, ed., *European Preventive Restructuring*, München / Oxford / Baden-Baden: Beck / Hart / Nomos, 2021, 103-124, p. 118.

meses, sendo prorrogável por mais um mês (artigo 17.º-D, 7 – era o n.º 5). Mas o prazo das negociações começa a correr a partir do fim do prazo para impugnar a lista provisória de créditos.

O requerimento para a prorrogação deve ser apresentado antes de findar o prazo para as negociações. Que dizer, porém, da decisão? Também ela deve ser proferida dentro desse prazo?

O Considerando (35) da Diretiva leva a caminhar no sentido de que a decisão de prorrogar terá de ser tomada durante o período inicial da suspensão: «Se uma autoridade judicial ou administrativa não decidir sobre a prorrogação do período de suspensão antes do seu termo, a suspensão deverá deixar de produzir efeitos no momento em que o período de suspensão expirar».

## 6. O levantamento da suspensão

O juiz pode determinar o levantamento da suspensão durante o período da prorrogação (período suplementar, nos termos agora do artigo 17.º-E, 3) nos casos do artigo 17.º-E, 3: se a suspensão deixa de cumprir o objetivo de apoiar as negociações sobre o plano de recuperação ou se há pedido da empresa ou do administrador judicial provisório<sup>29</sup>.

Em que casos se pode dizer que a suspensão deixa de cumprir o objetivo de apoiar as negociações sobre o plano de recuperação? O artigo 6.º, 9, da Diretiva 2019/1023 aborda o tema e dá como exemplo os casos em que «uma parte dos credores que, nos termos do direito nacional, pode bloquear a adoção do plano de reestruturação não apoia a continuação das negociações». Julgamos que o caminho será o de interpretar o artigo 17.º-E, 3, em conformidade com a Diretiva.

Ficaram de fora vários casos previstos na Diretiva para o levantamento da suspensão. E não tinha de ser prevista a possibilidade de levantamento da suspensão apenas para o período da prorrogação. Parece-nos que o levantamento da suspensão também deveria ter sido permitido durante o período inicial de quatro meses.

Como vimos, o levantamento da suspensão pode ter lugar a pedido do administrador judicial provisório. Essa possibilidade pode criar

---

<sup>29</sup> Para a Espanha, e na redação dada pela *Ley* 16/2022, v. o artigo 608 da *Ley Concursal*.

estímulos no sentido da sua apresentação com vista a ser nomeado no processo de insolvência<sup>30</sup>.

## 7. Efeitos quanto aos processos de insolvência

Outros efeitos do despacho de nomeação do administrador judicial provisório que se produzem durante o período de suspensão das medidas de execução estão contidos no artigo 17.º-E, 9 (era o n.º 6, embora com redação diferente, antes da L 9/2022). Durante o período referido suspendem-se, designadamente:

*a)* Os processos de insolvência pendentes na altura em que foi proferido aquele despacho e em que tenha sido requerida a declaração de insolvência da empresa, mas desde que essa insolvência ainda não tenha sido declarada;

*b)* Os processos de insolvência que não estavam ainda pendentes na data em que foi proferido o despacho de nomeação do administrador judicial provisório – são processos de insolvência que ainda não estavam pendentes na data em que foi proferido aquele despacho<sup>31</sup>.

No caso dos processos de insolvência novos (os que ainda não estavam pendentes), a solução também resultava do artigo 7.º, 2, da Diretiva 2019/1032, em que se lia o seguinte: «A suspensão das medidas de execução nos termos do artigo 6.º suspende, pela duração da suspensão, a abertura, a pedido de um ou mais credores, de um processo suscetível de terminar na liquidação do devedor».

Ao contrário do que constava do artigo 17.º-E, 6, na versão anterior à L 9/2022, não é agora esclarecido se tais efeitos se produzem logo que é proferido o despacho em causa ou apenas quando o mesmo é publicado no portal devido. Julgamos que, por razões de coerência sistemática, deve valer aqui a solução que defendemos quanto ao artigo 17.º-E, 1.

O artigo 17.º-E, 9, não clarifica o que sucede aos processos de insolvência suspensos quando é aprovado e homologado o plano de re-

<sup>30</sup> Em sentido próximo, Tomáš RICHTER, «Article 6», 121 e nt. 31.

<sup>31</sup> O problema era discutido antes da L 9/2002. A redação do artigo 17.º-E, 6, anterior à L 9/2022 deixava dúvidas quanto à própria possibilidade de intentar novos processos de insolvência após o despacho de nomeação do administrador judicial provisório, pois não se encontrava naquele preceito uma redação idêntica à que era dada ao artigo 17.º-E, 1. Dando resposta negativa, Catarina SERRA, *Lições de direito da insolvência*, 399.

cuperação. O artigo 17.º-E, 6, na versão anterior à L 9/2022, dispunha que os mesmos se extinguíam<sup>32</sup>. O artigo 222.º-E, 7, na versão da L 9/2022, consagra essa solução para os casos em que é aprovado e homologado acordo de pagamento. Não custa a aceitar o mesmo regime para o PER quando é aprovado e homologado o plano de recuperação. O artigo 17.º-A, 3, dá apoio a essa leitura.

No entanto, também aqui se suscita a questão de saber se a extinção dos processos de insolvência suspensos ocorre com a prolação da sentença de homologação ou apenas com o seu trânsito em julgado<sup>33</sup>.

A suspensão de processos de insolvência em que a insolvência foi requerida antes do despacho de nomeação do administrador judicial provisório não é possível se naqueles processos já foi proferida sentença declaratória da insolvência, o que poderá justificar-se pelo facto de o PER não se aplicar aos casos de insolvência atual.

## 8. Notas finais

A L 9/2022 trouxe consigo o esclarecimento de algumas dúvidas que o regime do PER vinha colocando na vida dos tribunais. Desde logo, quanto à identificação das ações que são abrangidas pela suspensão prevista no artigo 17.º-E, 1. Também a suspensão do dever de apresentação à insolvência que resulta da nova redação do artigo 18.º, 2, do CIRE é de louvar.

No entanto, o facto de a adaptação do direito nacional à Diretiva 2019/1023 ter sido feita através de enxertos no regime do PER irá trazer consigo consideráveis dificuldades na aplicação do prazo da suspensão<sup>34</sup>. Acresce que várias das novas normas trazem consigo outras

---

<sup>32</sup> Mas v., afastando a aplicação do artigo 17.º-E, 6, na versão anterior à L 9/2022, aos casos em que o processo de insolvência resultou da apresentação à insolvência do devedor ou em que não foi deduzida oposição pelo devedor, com as consequências previstas no artigo 30.º, 5, se preenchidos os pressupostos da declaração de insolvência aí mencionados, CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, 3.ª ed., Lisboa: Quid Iuris, 2015, 161-162.

<sup>33</sup> V. o que escrevemos sobre o tema no *Um curso de direito da insolvência*, vol. II.

<sup>34</sup> Na vizinha Espanha, a já referida Ley 16/2022 introduziu os *planes de reestructuración* no âmbito do *derecho preconcursal* (artigos 583 e ss. e 753 e ss. da *Ley Concursal*). Como se lê no Preâmbulo, ponto 1, da Ley 16/2022, a introdução dos *planes de reestructuración* «lleva aparejada la supresión de los actuales instrumentos preconcursales». Estão, depois, previstas algumas regras especiais para os «deudores de menor

dúvidas, como acima se procurou demonstrar. Enquanto não surgir a reforma da reforma, os desafios que a doutrina e a jurisprudência terão de enfrentar são consideráveis.

## Bibliografia

- AYOTTE, Kenneth, «7. On the mandatory stay of secured creditors in bankruptcy», in Barry E. ADLER, ed., *Research Handbook on Corporate Bankruptcy Law*, Cheltenham: Elgar, 2020, 150-176.
- DINIS, David Sequeira / SACOTO, Constança Borges, «Créditos Pré e Pós PER», RDI 1 (abril 2017), 60-76.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de direito da insolvência*, 8.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2022.
- FENNELLY, DAVID, «Cape Town Convention and international sanctions the case of European Union sanctions against Russia», in *Cape Town Convention Journal*, 2015, 4, 1, p. 83-102
- FERNANDES, CARVALHO/LABAREDA, JOÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Quid Iuris, 2015.
- MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um curso de direito da insolvência*, vol. II, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2022.
- MARTINS, Alfredo de Soveral, *Processo e Direito Processual Executivo*, Coimbra: Centelha, 1984-1985.
- MCCORMACK, Gerard, *The European Restructuring Directive*, Cheltenham: Elgar, 2017.
- RICHTER, Tomáš, «Article 6», in Christoph PAULUS / Reinhard DAMMANN, ed., *European Preventive Restructuring*, München / Oxford / Baden-Baden: Beck / Hart / Nomos, 2021, 103-124.
- VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 1986.

---

activo, de menor cifra de negócios o de menor número de trabalhadores» (v. o referido Preâmbulo, ponto III, e os artigos 682 e ss. da *Ley Concursal*). O regime *preconcursal* pode ser utilizado não só em caso de situação de probabilidade de insolvência, mas também de insolvência iminente ou de insolvência atual (artigo 584, 1, da *Ley Concursal*). Surgiu ainda um novo Livro Terceiro com os artigos 685 a 720, integrando o *procedimiento especial para microempresas*. Para estas está prevista a possibilidade de adoção de um *plan de continuación* (artigos 690, 1, e 697 e ss. da *Ley Concursal*).



# La comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores

✉ [https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao\\_empresas/parte02\\_2](https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte02_2)

CARLOS GÓMEZ ASENSIO\*

*Resumen:* El presente capítulo lleva a cabo un análisis de las principales novedades que ha supuesto la transposición de la Directiva 2019/1023 en España, con respecto al régimen jurídico de comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores. En particular se analizará el nuevo régimen de efectos sobre los contratos y determinadas cláusulas contractuales, sobre las garantías, sobre el régimen de suspensión de las ejecuciones y sobre la exigibilidad del deber legal de solicitar la declaración de concurso.

*Palabras Clave:* Comunicación de negociaciones, cláusulas ipso facto, suspensión ejecuciones, deber de solicitar la declaración de concurso, crédito público.

*Abstract:* This chapter carries out an analysis of the main novelties from the transposition of Directive 2019/1023 in Spain, specially, with regard to the legal regime of communication of the opening of negotiations with creditors. In particular, it will analyse the new regime of contracts and contractual clauses effects, secured claims, stay of individual enforcement actions as well as the suspension of debtor's duty to file for the opening of insolvency proceedings.

*Keywords:* Communication of negotiations, ipso facto clauses, stay of individual enforcement actions, suspension of debtor's duty to file for the opening of insolvency proceedings.

---

\* Profesor Titular Universidad. Departamento Derecho Mercantil “Manuel Broseta Pont” – Universidad de Valencia. Módulo Jean Monnet “Derecho Europeo de la Insolvencia”. (<https://derechoeuropeodelainsolvencia.eu/>).

*Sumario:* I. Antecedentes y estado de la cuestión. II. Régimen general de comunicación de apertura de negociaciones. III. Régimen de comunicación de apertura de negociaciones del procedimiento especial para microempresas. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

## I. Antecedentes y Estado de la Cuestión

La transposición de la Directiva 2019/1023<sup>1</sup> al ordenamiento jurídico español ha supuesto una importante reforma en el régimen jurídico de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o moratoria preconcursal, tanto en lo que respecta a su ordenación, como con respecto a sus efectos: ineficacia de las *ipso facto clauses* y las cláusulas de vencimiento anticipado, mantenimiento de garantías de terceros y eficacia de los acuerdos de compensación contractual, régimen de la suspensión de ejecuciones singulares, suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso, etc.

Originariamente, la regulación de la moratoria preconcursal se introdujo en el Derecho Concursal español con ocasión de la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal, siendo su régimen jurídico objeto de sucesivas reformas<sup>2</sup>, hasta alcanzar la redacción contenida en los artículos 583-595 del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR)<sup>3</sup>, en su versión anterior a la transposición de la Directiva 2019/1023<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> El precepto fue introducido por el art. Único.1 de Ley 38/2011 de 10 octubre de 2011, siendo reformado por el Art. 21.2 de Ley 14/2013 de 27 septiembre de 2013; Art. único.1 del RDL 4/2014, de 7 de marzo, posteriormente convalidado por art. Único 1 de la Ley 17/2014 de 30 septiembre de 2014; y Art. único.4.1 de Ley 9/2015 de 25 mayo de 2015.

<sup>3</sup> Con carácter referencial sobre este régimen Ana Belén CAMPUZANO LAGUILLO, «La suspensión de la disolución obligatoria por pérdidas, la solicitud de concurso de acreedores y la comunicación de inicio de negociaciones», *Anuario de Derecho Concursal* 50 (2020) 35-44.

<sup>4</sup> Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo de 2020, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2020 y cuya vigencia termina el 25 de septiembre de 2022.

En dicho cuerpo normativo, el régimen jurídico de la moratoria preconcursal se caracterizaba por el carácter *oper legis* y extrajudicial –ausencia de un control judicial previo –, de los efectos asociados a la comunicación por el deudor<sup>5</sup>, en especial, en lo referente a la suspensión de las ejecuciones individuales sobre el patrimonio del deudor, con la salvedad del crédito público, (*automatic stay*), así como la suspensión del deber de solicitar el concurso<sup>6</sup>; en todo caso, la tramitación y contenido de la comunicación se caracterizaban por su componente más formal que sustantivo<sup>7</sup>.

La duración de esta suspensión se extendía, de forma improrrogable, hasta alcanzar un máximo de 3 meses en el caso del deudor empresario, y de 2 meses en el caso del deudor persona natural no empresario (en ambos casos debía añadirse 1 mes adicional de margen para solicitar la declaración de concurso por el deudor), período durante el cual el deudor conservaba intactas sus facultades patrimoniales

---

<sup>5</sup> Con carácter general en materia de acuerdos de refinanciación en España, constituye la obra de referencia en la materia, la monografía de Juana PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, 3.ª ed., Madrid: La Ley, 2021, quien se ocupa de estas cuestiones en la III Parte de la monografía, p. 410-538.

<sup>6</sup> Con carácter referencial, pueden consultarle los distintos comentarios publicados sobre el régimen de la moratoria preconcursal en el TRLC aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo de 2020: AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*, dir. Juana PULGAR EZQUERRA / Francisco Javier ARIAS VARONA, coord. Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ / Jose Justo MEGÍAS QUIRÓS, 2 vol., Madrid: La Ley, 2020; AA.VV., *Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, dirs. PRENDES CARRIL, Pedro, FACHAL NOGUER, Núria, 2 vol. Cizur Menor: Aranzadi, 2021; AA.VV., *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, dir. Abel VEIGA COPO, coord. Miguel Ángel MARTÍNEZ MUÑOZ, 2 vol. Pamplona: Civitas, 2021; AA.VV., *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, dir. Juan Ignacio PEINADO GRACIA / Enrique SANJUÁN Y MUÑOZ, coord. Eva CASCALES DOMÍNGUEZ, 4 vol. Madrid: Sepin, 2020.

<sup>7</sup> En este sentido, el art. 583 TRLC (versión anterior a la transposición) no establecía un contenido específico para dicha comunicación más allá de la obligación de comunicar qué tipo de acuerdo de acuerdo estaba negociando con sus acreedores (acuerdo de refinanciación, propuesta anticipada de convenio o acuerdo extrajudicial de pagos), indicar las ejecuciones que se siguen contra su patrimonio con indicación de las que lo hacen sobre los bienes necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor y, en su caso, solicitar el carácter reservado de la comunicación ex. art. 585.3 TRLC (versión anterior a la transposición).

Acerca de este régimen de comunicaciones, en detalle, Eduardo AZNAR GINER, *La comunicación preconcursal de apertura de negociaciones, insolvencia y concurso de acreedores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

(*debtor in possession*), puesto que, formalmente, no se había producido declaración de concurso alguna, con independencia del régimen de deberes aplicable a los administradores sociales en dicho escenario<sup>8</sup>.

Ahora bien, la suspensión de las ejecuciones individuales producía diferentes efectos atendiendo a la naturaleza del crédito afectado, en especial, por lo que respecta a los créditos con garantía real, en función del “carácter necesario para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor del bien” sobre el que se hubiera constituido la garantía<sup>9</sup>; así como también, con respecto a los acreedores de pasivos financieros<sup>10</sup>.

El 5 de agosto de 2021 se publicó el Anteproyecto de Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (APLTRLC), texto prelegislativo que, tras sufrir diversas modificaciones, por acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2021, fue remitido a las Cortes Generales para su tramitación, publicándose el 14 de enero de 2022 el Proyecto de Ley de Texto Refundido de la Ley Concursal (PLTRLC).

La tramitación parlamentaria del texto del PLTRLC ha estado presidida por la presentación de un importante número de enmiendas tanto

<sup>8</sup> Acerca de este régimen de deberes, con independencia que el mismo será tratado en profundidad en otro capítulo de esta obra, véase en referencia a la situación en el TRLC (versión anterior a la transposición) Carlos GÓMEZ ASENSIO, «Los deberes preconcursales de los administradores sociales», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 34 (2021) 55-172; Eva RECAMÁN GRAÑA, «Hacia una determinación del comportamiento debido por los administradores en la reestructuración», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 32 (2020) 127-143.

<sup>9</sup> En detalle sobre el régimen de suspensión de los créditos con garantía real en el precurso Petra María THOMAS PUIG, «Ejecuciones y garantías reales en reestructuraciones y concursos. Últimas reformas ya vigentes y proyectadas», *Anuario de Derecho Concursal* 56 (2022) 45-80, quien analiza el régimen de los efectos de la moratoria preconcursal sobre estas garantías con el texto del TRLC (versión anterior a la transposición) y los textos normativos proyectados del vigente TRLC.

<sup>10</sup> Respecto los acreedores titulares de pasivos financieros el art. 590 TRLC (versión anterior a la transposición) regula un auténtico pacto de *stand still* del 51% del pasivo financiero total, mientras que el art. 591 TRLC (versión anterior a la transposición) con respecto a los acreedores titulares de garantías reales, otorga a los mismos el privilegio de la ejecución de su garantía, sin perjuicio que después se vea paralizada por afectar a bienes o derechos necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor. Respecto al procedimiento para reconocimiento de dicho carácter necesario véase Marta CERVERA MARTÍNEZ, «Comentario al art. 591», in Juan Ignacio PEINADO GRACIA / Enrique SANJUÁN Y MUÑOZ, coord. Eva CASCALES DOMÍNGUEZ, 4 vol. Madrid: Sepín, 2020.

en el Congreso de los Diputados – 607 en total<sup>11</sup> – como en el Senado – 252 en total<sup>12</sup> –, así como de un intenso debate doctrinal y profesional durante los más de 7 meses que se ha prolongado su tramitación.

Finalmente, España llevaba a cabo la transposición de la Directiva 2019/1023 mediante la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal<sup>13</sup>(TRLR), publicada en el Boletín Oficial del Estado el pasado 6 de septiembre.

El nuevo TRLR español es una norma de 755 artículos dividida en 4 libros: El Libro Primero «Del concurso de acreedores», de aplicación a cualquier persona física o jurídica a excepción de las microempresas, en el cual se contiene la regulación de las instituciones propias del concurso de acreedores, incluyendo el régimen de exoneración de deudas; el Libro Segundo «Del Derecho Preconcurso», de aplicación a cualquier persona física o jurídica que se dedique a una actividad empresarial o profesional salvo las microempresas, cuya finalidad es la reestructuración empresarial a través del régimen de los planes de reestructuración; el Libro Tercero «Procedimiento especial para microempresas», con la finalidad de procurar a las mismas un cauce especializado para su reestructuración (procedimiento especial de continuación) o su liquidación (procedimiento especial de liquidación), con conexiones en ambos casos con el régimen de exoneración de deudas para el caso que la microempresa sea titularidad de un empresario individual; y por último, un Libro Cuarto «De las normas de Derecho Internacional Privado», que tienen por objeto regular los aspectos internacionales del concurso de acreedores y también del Derecho preconcursal.

---

<sup>11</sup> El texto de las enmiendas se encuentra disponible en <[https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-84-3.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-84-3.PDF)>.

<sup>12</sup> El índice de enmiendas presentadas, retiradas y votos particulares en sede de tramitación parlamentaria en el Senado e encuentra disponible en <<https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/iniciativas/detalleiniciativa/index.html?le-gis=14&id1=621&id2=000055#Comision6>>.

<sup>13</sup> 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).

En consecuencia, el vigente TRLC prevé una doble regulación del régimen de comunicación de negociaciones con los acreedores o moratoria preconcursal, en función del sujeto instante: Una primera regulación que puede calificarse de “general”, de aplicación al deudor persona natural o jurídica que ejerza una actividad empresarial o profesional, recogida en el Libro Segundo «Del Derecho Preconcursal», en su Título II «De la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores»; y otra regulación especialmente prevista para el caso que el deudor sea una microempresa, contenida en el Libro Tercero «Procedimiento especial para microempresas», en su Título I «Reglas Comunes», Capítulo 2 «Negociación y apertura del procedimiento».

Partiendo de los antecedentes legislativos expuestos y tomando en consideración la actual ordenación del Derecho preconcursal español, se expondrá a continuación el contenido del régimen de comunicación de negociaciones tanto en sede del Libro Segundo, como del Libro Tercero del TRLC.

## **II. Régimen General de Comunicación de Apertura de Negociaciones**

El vigente régimen “general” de comunicación de negociaciones con los acreedores se contiene en los arts. 585-613 del TRLC, ordenado en torno a 3 capítulos: « I. De la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores»; «II. De los efectos de la comunicación»; y « III. De la exigibilidad de deber legal de solicitar el concurso y de la causa legal de disolución de la sociedad».

### **1. De la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores**

El Capítulo I principia con el art. 585 TRLC, delimitador del presupuesto objetivo de la comunicación de negociaciones, el cual establece la posibilidad de presentación de dicha comunicación cuando el deudor se encuentre en situación de probabilidad de insolvencia<sup>14</sup>, insol-

---

<sup>14</sup> De conformidad con el art. 584.2 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 vencen en los próximos dos años”.

vencia inminente<sup>15</sup> e incluso, insolvencia actual<sup>16</sup>, siempre y cuando no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario<sup>17</sup>. En este último supuesto, si la empresa es económicamente viable, su reestructuración está justificada, pues con ella se evitan los riesgos de destrucción de valor asociados al procedimiento concursal<sup>18</sup>.

Por lo que respecta al presupuesto temporal de la comunicación, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el art. 609 TRLC, una vez formulada la comunicación, no podrá presentarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año desde la presentación. Esta limitación atiende tanto a la prevención de comportamientos oportunistas del deudor, como al propio carácter finalista de la comunicación de negociaciones como medio para salvaguardar la viabilidad y la sostenibilidad a largo plazo de la empresa.

En cuanto al contenido de la comunicación, que deberá hacerse por que deberá hacerse a través de la sede judicial electrónica o por medios telemáticos o electrónicos, el art. 586 TRLC supone un punto de inflexión con respecto al contenido meramente formal del régimen precedente anteriormente referenciado. El régimen vigente exige al deudor completar un contenido mínimo de la comunicación, el cual

<sup>15</sup> El art. 2.3 TRLC establece que: «La insolvencia podrá ser actual o inminente... Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.»

<sup>16</sup> De conformidad con el art. 2.3 TRLC: «La insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.»

<sup>17</sup> Una magistral distinción entre los tres estados de insolvencia puede encontrarse en Ana Belén CAMPUZANO LAGUILLO, «Los estados de insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal* 58 (2023).

<sup>18</sup> En estos términos justifica la redacción del presupuesto objetivo de la comunicación de negociaciones FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración del Libro II del anteproyecto (y las novedades en el Libro IV)», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 51-53.

Igualmente, el Considerando 2 de la Directiva 2019/1023: “Los marcos de reestructuración preventiva deben permitir, ante todo, la reestructuración efectiva de los deudores en un momento temprano y evitar la insolvencia, limitando así la liquidación innecesaria de empresas viables. Tales marcos deben ayudar a evitar la pérdida de puestos de trabajo y de conocimientos y competencias y maximizar el valor total para los acreedores -en comparación con lo que habrían recibido en caso de liquidación de los activos de la empresa o en caso de aplicarse la mejor solución alternativa en ausencia de un plan de reestructuración-, así como para los propietarios y para la economía en su conjunto”.

incluye entre otros: las razones que la justifican; los acreedores con los que se va a negociar (delimitación del pasivo); actividad desarrollada, así como el importe del activo y del pasivo, la cifra de negocios y el número de trabajadores al cierre del ejercicio inmediatamente anterior; bienes, derechos y contratos necesarios para la continuación de la actividad empresarial; circunstancias excepcionales que puedan acontecer; o la acreditación de encontrarse al corriente de las obligaciones con la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y la Agencia Tributaria (AEAT), si se pretende que el futuro plan de reestructuración afecte al crédito público<sup>19</sup>.

Esta mayor exigencia con respecto al contenido de la comunicación es la contrapartida al mantenimiento de la ausencia de control judicial previo sobre su contenido, en cuanto requisito para la activación de los efectos asociados a la comunicación, modelo por el que también opta Portugal<sup>20</sup>.

De esta forma, es el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ), el que lleva a cabo el control formal de la comunicación (art. 588 TRLC), si bien el TRLC ha incorporado mecanismos de control de la competencia judicial internacional y territorial, tanto de oficio como a instancia de parte, de conformidad con los requerimientos del Reglamento (UE) 2015/848.

En lo que concierne a la publicidad de la resolución, el art. 591 TRLC dispone su publicación en el Registro Público Concursal salvo que, en la propia comunicación, el deudor hubiera solicitado su carácter reservado, cuyo levantamiento puede solicitar en cualquier momento.

---

<sup>19</sup> Este mayor desarrollo del contenido de la comunicación encuentra su equivalente en el Artículo 17.º-C, nº.3 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), si bien el mismo precepto en su ap.4 contiene una regla especial para microempresas, optando así por una regulación unificada del contenido de la comunicación, frente al modelo dual español.

<sup>20</sup> Artículo 17.º-C, nº.5 en relación con artículo 17.º-E CIRE.

Esta situación contrasta con el modelo Alemán de la *The Stabilization and Restructuring Framework Act* (StaRUG), en cuyas (S. 49-59) se regula la concesión por el órgano judicial de la “Stabilisation order” a petición del deudor, quien debe acompañar: la notificación sec 31; un borrador de plan de reestructuración actualizado; un plan financiero que cubra un período de 6 meses y contenga una descripción razonablemente fundada de los fondos necesarios para la continuación de la actividad durante ese período, pudiendo el órgano judicial rechazar la solicitud, entre otras causas, porque considere que no hay expectativas de adopción o confirmación del plan propuesto duración.

Finalmente, por lo que respecta a los mecanismos de tutela de los acreedores frente a la presentación de la comunicación por el deudor, estos podrán presentar recurso de revisión contra la resolución del LAJ por los motivos consignados en el art. 590.3 TRLC. Entre dichos motivos, destaca el carácter innecesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional de los bienes indicados como tales por el deudor en su comunicación, lo que, en relación al art. 604 TRLC, determinará la posibilidad por los acreedores de iniciar o reanudar ejecuciones singulares, tal y como se expondrá en el siguiente apartado.

## 2. De los efectos de la comunicación

El punto de partida en el análisis de los efectos asociados a la comunicación de apertura de negociaciones es la vigencia del principio *debtor in possession* (art. 594 TRLC), en línea con lo dispuesto en el art. 5 de la Directiva 2019/1023, incluso para el caso que el nombramiento de un experto en reestructuración fuera necesario o así se decidiera<sup>21</sup>, puesto que las funciones desarrolladas por este nuevo profesional consisten en la asistencia al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración<sup>22</sup>, sin que ello implique la intervención o suspensión de las facultades de administración del deudor, como sí sucede en caso de nombramiento de un administrador concursal.

Por lo que respecta a los efectos de la comunicación sobre los créditos, el vigente art.595 TRLC es continuista con la regulación

---

<sup>21</sup> De conformidad con el art. 672 TRLC: “El nombramiento de experto en la reestructuración sólo procederá en los siguientes casos: 1º. Cuando lo solicite el deudor; 2º. Cuando lo soliciten acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración (...); 3º. Cuando, solicitada por el deudor la suspensión general de ejecuciones singulares o la prórroga de esa suspensión, el juez considerase, y así lo razonara, que el nombramiento es necesario para salvaguardar el interés de los posibles afectados por la suspensión. 4º. Cuando el deudor o cualquier legitimado solicite la homologación judicial de un plan de reestructuración cuyos efectos se extiendan a una clase de acreedores o a los socios que no hubieran votado a favor del plan”.

<sup>22</sup> Art. 679 TRLC. Acerca del régimen jurídico del experto en la reestructuración, Ángel MARÍN TORRES, «El Experto en la reestructuración», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 199-210.

precedente, al declarar que la comunicación por sí sola no producirá el vencimiento anticipado de los créditos, así como la ineficacia de las cláusulas contractuales que prevean la modificación de los términos o condiciones del crédito, incluido su vencimiento anticipado, por esa sola causa, lo cual no obsta para la eficacia de aquellas cláusulas contractuales que prevean dichos efectos por circunstancias distintas<sup>23</sup>.

De igual forma el art. 596 TRLC regulador de las garantías frente a terceros, al igual que su precedente, mantiene la vigencia de las garantías personales o reales de terceros de las que disponga el acreedor en el marco de la comunicación de negociaciones, si bien el art. 596. 3 TRLC, introduce una importante excepción en relación con las garantías intragrupo o garantías contextuales: Estas garantías quedan afectadas por los efectos suspensivos de la comunicación de negociaciones, cuando así lo haya solicitado la sociedad deudora, acreditando que la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia del garante y de la propia deudora<sup>24</sup>.

Por su parte, una de las principales novedades derivadas de la transposición de la Directiva 2019/1023 es la relativa a la ineficacia de las cláusulas *ipso facto* en sede de comunicación de apertura negociaciones (art. 597 TRLC, principio general de vigencia de los contratos), efecto que, hasta ahora, solo se preveía en la legislación concursal española una vez declarado el concurso de acreedores<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Así lo apunta, FRANCISCO AZOFRA VEGAS, «Las cláusulas ipso facto y la posibilidad de denuncia unilateral del contrato en escenarios preconcursales y concursales», *Anuario de Derecho Concursal* 55 (2022) 157 que: “A pesar de la generalidad de este inciso final, parece evidente que no pueden verse afectadas por la neutralización de cláusulas ipso facto aquellas cláusulas de las que resulte la resolución, extinción o ineficacia del contrato, aunque acontezca al tiempo de la declaración de concurso o del concurso, pero que no se basen o activen precisamente en estas circunstancias, siempre que tengan una razón justificativa suficiente”.

<sup>24</sup> Esta particularidad se explica para el caso que, la ejecución por un acreedor de la garantía prestada por otra sociedad perteneciente al mismo grupo que el deudor, pudiera provocar la insolvencia de la sociedad garante y, por ende, la del propio deudor perteneciente a ese mismo grupo, lo que provocaría de facto la frustración de las negociaciones para alcanzar el plan de reestructuración con el deudor. Abundando en esta regla, FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración del Libro II del anteproyecto», 53-54.

<sup>25</sup> En este sentido, PATRICIA CIFREDO ORTIZ, «Los contratos en la reestructuración preventiva» in ALBERTO DÍAZ MORENO *et al.*, *La reestructuración como solución de las empresas viables*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022, 283: “Los créditos anteriores a la comunicación quedan sometidos a la solución de la reestructuración y se satisfarán

Ahora bien, esta regla no obsta para la eficacia de cláusulas de resolución contractual por circunstancias distintas a la presentación de la comunicación (art. 598.1 TRLC), si bien dicha resolución no se pondrá instar en el caso de “*contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor*” (art. 598.2 TRLC), concepto que no tiene definición legal en el ordenamiento jurídico español – no así en el portugués<sup>26</sup> –, el cual deberá cohonestarse con el tradicional “*bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor*” referido anteriormente<sup>27</sup>.

Por otro lado, el art. 599 TRLC consagra la plena eficacia de los acuerdos de compensación contractual en el marco de los acuerdos de garantía financiera<sup>28</sup>, superando la falta de claridad de la regulación precedente que había propiciado interpretaciones doctrinales y judiciales a favor de la extensión de los efectos suspensivos de la comunicación de negociaciones a este tipo de acuerdos<sup>29</sup>. De esta forma, la nueva redacción del art. 599 TRLC establece claramente la excepción de este

---

con arreglo a los criterios que en ésta se establezcan, esto es, no en su integridad. Sin embargo, los créditos posteriores a la comunicación quedan fuera del plan de reestructuración, teniendo un tratamiento parecido al de los créditos contra la masa, los cuales se satisfacen a sus respectivos vencimientos, sin esperar el desarrollo del procedimiento”.

<sup>26</sup> Artículo 17.º-E, nº.11.

<sup>27</sup> En este sentido, FRANCISCO AZOFRA VEGAS, «Las cláusulas ipso facto», 158: “Existe en nuestro Derecho el concepto de bien o derecho necesario para la actividad (arts. 145, 146, 206, 214, 329, 583, 585, 588, 591, 593, 636 ó 669 TRLC, versión anterior a la transposición), pero no el de “contrato necesario” para la actividad. Pero la interpretación debería ser plenamente congruente. El Anteproyecto cita entre estos contratos necesarios, a “los contratos de suministro”, pero no es más que una referencia ejemplificativa y no limitativa. De hecho, el Considerando n.º. 41 de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia añade a los ejemplos los contratos de arrendamiento y de licencia o los acuerdos de franquicia, y el artículo 7.4 de la Directiva precisa algo más señalando que merecen tal consideración los contratos “necesarios para proseguir la gestión diaria de la empresa [...] cuya interrupción conduciría a una paralización de las actividades del deudor”.

<sup>28</sup> Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, norma transpuesta al ordenamiento jurídico español por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

<sup>29</sup> Sobre este particular véase CARLOS GÓMEZ ASENSIO, «La eficacia de las cláusulas de compensación de saldos en la Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva», *Anuario de Derecho Concursal* 51 (2020) 157-170.

tipo de acuerdos de los efectos suspensivos de las ejecuciones propios de la comunicación de apertura de negociaciones<sup>30</sup>.

Con todo, los efectos de mayor transcendencia asociados a la comunicación de apertura de negociaciones son los referentes tanto a la prohibición de inicio de ejecuciones singulares sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 600 TRLC)<sup>31</sup>; como la suspensión legal de las ejecuciones en tramitación (art. 601 TRLC); ambas por un período máximo de 3 meses, a salvo de la eventual prórroga por hasta 3 meses adicionales solicitada por el deudor o acreedores (representativos del 50% del crédito que puede resultar afectado por el plan), en los términos del art. 607 TRLC<sup>32</sup>.

Todo ello, sin perjuicio de un eventual levantamiento de la prórroga, el cual puede ser solicitado incluso por un solo acreedor que acredite que la misma ha dejado de cumplir el objetivo de favorecer las negociaciones del plan de reestructuración (art. 608.1 p.3 TRLC); y sin perjuicio de la posibilidad para cualquier acreedor de solicitar su exclusión de los efectos de la prórroga si esta pudiera causarle un perjuicio injustificado, en particular, si pudiera provocar su insolvencia actual o una disminución significativa del valor de la garantía que tuviera el crédito de que fuera titular (art. 608.3 TRLC), lo que constituye una verdadera cláusula de salvaguarda para el acreedor singular frente a eventuales efectos perniciosos derivados de un uso instrumental de la comunicación de negociaciones.

Ahora bien, siendo estas las líneas maestras que configuran el régimen de suspensión y prórroga de las ejecuciones individuales debe tomarse en consideración que, el legislador español, ha optado por

---

<sup>30</sup> Esta era una de las posibilidades de actuación con las que contaba el legislador nacional en el art. 7.6 de la Directiva 2019/1023 al transponer la misma, en relación al art. 31.1 b) de la propia Directiva. A este respecto FRANCISCO AZOFRA VEGAS, «Las cláusulas ipso facto», 162-164.

<sup>31</sup> A este respecto recuérdese que el control del carácter necesario o no de dichos bienes se realizará con ocasión del recurso de revisión frente a la resolución del LAJ teniendo por efectuada la comunicación de negociaciones (art. 590 TRLC), determinando en consecuencia la posibilidad de los acreedores para iniciar o reanudar ejecuciones ex. art. 604 TRLC.

<sup>32</sup> Nótese la diferente con el régimen portugués, el cual prevé una prórroga inicial de hasta 4 meses de duración, con posibilidad de prórroga de hasta un mes adicional, de conformidad con lo establecido en el Artículo 17.º-E, nº.1 y nº 2, respectivamente.

permitir que el deudor pueda diseñar un régimen de suspensión *tailor-made*. En este sentido, el art. 602 PLTRLC otorga al deudor la facultad de solicitar al juez extender la prohibición de iniciación de ejecuciones, judiciales o extrajudiciales, o a la suspensión de las ya iniciadas sobre todos o algunos de los demás bienes o derechos distintos de los referidos anteriormente, contra uno o varios acreedores individuales o contra una o varias clases de acreedores, siempre que todo ello resulte necesario para asegurar el buen fin de las negociaciones<sup>33</sup>.

Ahora bien, se prevén dos importantes excepciones a este régimen general de suspensión de ejecuciones: La primera, contemplada en el art. 603 TRLC, en relación con los acreedores titulares de garantías reales – incluso por deuda ajena cuando el deudor sea una sociedad del mismo grupo a salvo de la especialidad del art. 596.3 TRLC antes expuesta –, quienes, no obstante la comunicación de negociaciones, podrán iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes o derechos gravados, salvo que la garantía recayera sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, en cuyo caso, una vez iniciado el procedimiento de ejecución, se suspenderá por el juez que esté conociendo del mismo por plazo de 3 meses. Sin embargo, el precepto no establece que dicha suspensión pueda extenderse por otros 3 meses para el caso de adopción de una eventual prórroga ex. art. 607 TRLC, si bien, una interpretación integradora del mismo, debería llevar a la conclusión que dichos efectos suspensivos deberían también extenderse en el caso de acordarse una prórroga.

Con este artificio procesal se respeta las notas de oponibilidad *erga omnes* y reipersecutoriedad, propias de las garantías reales, previniendo asimismo una eventual frustración de la negociación del plan de reestructuración derivada, precisamente, de la ejecución de dichas garantías<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> En todo caso, de conformidad con el art. 602.3 TRLC cabe recurso de reposición contra el Auto del juez que acuerde esta extensión de efectos suspensivos.

<sup>34</sup> Así lo señala Francisco AZOFRA VEGAS, «Paralización de ejecuciones en el pre-concurso. El caso particular de las ejecuciones de garantías reales», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 102, quien, apunta también una posible carencia de fundamento del sometimiento de los titulares de garantías por deuda ajena a las mismas limitaciones con respecto su ejecución que a los titulares de garantías por deuda propia p.107. “Pero, a diferencia de cuando se procede contra el deudor que ha hecho la comunicación por garantía real en aseguramiento de la deuda propia,

La segunda exclusión de los efectos suspensivos de las ejecuciones asociados a la comunicación de apertura de negociaciones es la referente al crédito público, el cual ex. art. 605 en relación con el art. 606 TRLC, se considera una categoría de acreedores no afectados por la suspensión de ejecuciones singulares, si bien el art. 605 p2 TRLC matiza esta exclusión<sup>35</sup>.

Este tratamiento privilegiado del crédito público ha generado un controvertido debate doctrinal y profesional, puesto que, habida cuenta de la autotela ejecutiva de la que goza la administración pública, la exclusión del crédito público de los efectos suspensivos de las ejecuciones singulares en sede de comunicación de negociaciones – sin perjuicio de aplicación de su propia normativa en materia de acuerdos de aplazamientos y fraccionamientos<sup>36</sup> –, puede suponer una efectiva frustración de las negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración<sup>37</sup>.

---

cuando el deudor responde por responsabilidad real por deuda ajena, el acreedor real no está llamado a la negociación del plan de reestructuración, ni el crédito garantizado puede ser modificado en ese plan de reestructuración...podría parecer excesivo que ese titular de garantías reales haya de quedar, sin embargo, afectado por el *stay*”.

<sup>35</sup> Art. 605. p.2 TRLC: “Si la ejecución recayera sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, una vez iniciado el procedimiento de ejecución, se podrá suspender exclusivamente en la fase de realización o enajenación por el juez que esté conociendo del mismo. Cuando la ejecución sea extrajudicial, la suspensión la podrá ordenar el juez ante el que se haya presentado la comunicación, exclusivamente en la fase de realización o enajenación. En ambos casos, la suspensión, en su caso, acordada decaerá perdiendo toda su eficacia una vez transcurridos tres meses desde el día de la comunicación, quedando sin efectos la suspensión, sin que sea preciso dictar resolución judicial alguna o, en su caso, acto alguno por el letrado de la Administración de Justicia”.

<sup>36</sup> Con carácter monográfico sobre el tratamiento concursal del crédito público: AA.VV., *El crédito tributario en el proceso concursal perspectivas ante un nuevo escenario económico y legislativo*, dir. Gemma PATÓN GARCÍA, coord. Gabriela ULAS, Madrid: Wolters Kluwer, 2022. En especial César GARCÍA NOVOA, «Indisponibilidad del crédito tributario y situaciones concursales y preconcursales», in Gemma PATÓN GARCÍA, *El crédito tributario en el proceso concursal perspectivas ante un nuevo escenario económico y legislativo*, Madrid: Wolters Kluwer, 2022, 19-59.

<sup>37</sup> Analizando los fundamentos de esta exclusión en relación con las posibilidades del art. 6.4 de la Directiva 2019/1023, así como los informes prelegislativos que la sustentan, Cayetana LADO CASTRO-RIAL, «El crédito público en el proyecto de ley de reforma concursal», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 5 (2022) 164-167, quien reconoce que: “se aprecia cierta incoherencia en el régimen de los efectos de la comunicación si examinamos el previsto para las clases de acreedores en los

Las críticas a este tratamiento privilegiado han sido especialmente intensas en sede de concurso del empresario individual, en relación a su conexión con el tratamiento también privilegiado de dicho crédito en sede exoneración de deudas<sup>38</sup>.

En todo caso nótese como, por lo que respecta a los salarios de los trabajadores, la norma española, vía art. 606 TRLC en relación con el art. 616.2 TRLC, que declara como créditos no susceptibles de afectación por el plan de reestructuración a los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección, excluye también de los efectos suspensivos asociados a la comunicación de apertura de negociaciones a los créditos derivados de relaciones laborales<sup>39</sup>, al igual que sucede en Portugal<sup>40</sup>.

Por último y en relación con el deber de solicitar la declaración de concurso, el art. 610 TRLC, regula los efectos suspensivos de las

---

planes de reestructuración, por cuanto que el artículo 616 del Proyecto de Reforma sí permite afectar a los créditos de derecho público (con limitaciones), y, a pesar de esta circunstancia, los acreedores públicos no van a verse afectados por la suspensión, pudiendo, por tanto, durante la fase de negociaciones, iniciar o continuar cualesquiera ejecuciones dirigidas contra bienes integrantes del patrimonio del deudor, minorando el activo disponible para la reestructuración. Ello exigirá, a nuestro juicio, una especial diligencia por parte del deudor en relación al cumplimiento de dichas obligaciones tributarias y de seguridad social, a los efectos de solicitar y obtener aplazamientos/fraccionamientos de forma tempestiva, sin incurrir en impagos, pues la existencia de deudas en período ejecutivo podría llegar a poner en peligro la reestructuración, al ser susceptible de privar al deudor de liquidez para culminarla con éxito”.

<sup>38</sup> Por todos, Álvaro SENDRA ALBIÑANA, «A vueltas con el crédito público y la segunda oportunidad: análisis preliminar del anteproyecto de ley de reforma de la ley concursal», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal* 7 (2021); Matilde CUENA CASAS, «Reforma concursal y exoneración del pasivo insatisfecho ¿Avance o retroceso?», *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid* 103 (2022) 30-35

<sup>39</sup> En este sentido Antonio José MUÑOZ NAVARRO, «La suspensión de las ejecuciones singulares en fase preconcursal» in Alberto DÍAZ MORENO *et al.*, dir. *La reestructuración como solución de las empresas viables*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022, 257: “Por tanto, los créditos de los trabajadores quedan excluidos de la suspensión de ejecuciones singulares, al tratarse de un crédito que en ningún caso puede quedar afectado por el plan de reestructuración”.

<sup>40</sup> En Portugal resulta notable la exclusión de los efectos suspensivos de las medidas de ejecución de las acciones ejecutivas dirigidas al cobro de los créditos derivados del contrato de trabajo, ex. Artigo 17.º-E, nº.4.

En España esta exclusión no resulta tan clara, sino que debe llegarse a ella por la vía del reenvío comentada en el texto, a este respecto, FRANCISCO AZOFRA VEGAS, «Paralización de ejecuciones en el precurso», 94-96.

solicitudes de concurso presentadas por acreedores u otros legitimados después de haber llevado a cabo el deudor la comunicación de negociaciones. Estas solicitudes quedarán en suspenso todo el período de tiempo que dure la suspensión de ejecuciones incluidas sus prórrogas, y solo se proveerán cuando, superado el período de suspensión de ejecuciones, hubiera transcurrido 1 mes sin que el deudor hubiera solicitado la declaración de concurso.

### 3. De la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso

Cierra el régimen jurídico general de comunicación de negociaciones, la regulación referente a la exigibilidad del deber de solicitar la declaración de concurso por el deudor.

A este respecto, el art. 611 TRLC regula otro gran efecto derivado de la *stay* preconcursal: la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso por el deudor mientras estén en vigor los efectos de la comunicación de negociaciones. Desde la perspectiva del deudor, el art. 611 TRLC constituye contrapunto al antes comentado art. 610 TRLC, al conceder al deudor un plazo de 1 mes para solicitar el concurso de acreedores una vez superado el período de suspensión de ejecuciones y su eventual prórroga.

Por su parte el art. 612 TRLC regula, junto al art. 637 TRLC en sede de homologación de los planes de reestructuración, uno de los mecanismos que prevé la regulación española para hacer frente al riesgo de comportamientos obstruccionistas del deudor. En este sentido, el art. 612 TRLC permite que, durante el período de vigencia de los efectos de la comunicación de negociaciones, a petición del experto en la reestructuración, si hubiera sido nombrado, o acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración, pueda dejarse sin efecto por el juez la solicitud de concurso voluntario presentada por el deudor<sup>41</sup>. Esta previsión

---

<sup>41</sup> A este respecto, en sede de análisis del art. 637 TRLC señala FRANCISCO GARCÍA-MARTÍN ALFÉREZ, «Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración del Libro II del anteproyecto», que: «El objetivo de esta regla es prevenir que mediante la solicitud de concurso, el deudor acabe frustrando *in extremis* la adopción de un plan de reestructuración cuya negociación está muy avanzada, y se concibe típicamente para los supuestos en los que ese plan se pretenda homologar en contra de la voluntad de los socios».

frente a comportamiento obstruccionistas del deudor tiene su contrapartida en la prevención del riesgo de expropiación por los acreedores, pues no será posible la activación de dicho mecanismo al deudor persona natural ni a las sociedades cuyos socios o algunos de ellos sean legalmente responsables de las deudas sociales (art. 612.3 TRLC).

Finalmente, el régimen de exigibilidad del deber de solicitar la declaración de concurso por el deudor se cierra con el art. 613 TRLC que, en clave societaria, prevé para las sociedades de capital, durante la vigencia de los efectos de la comunicación, la suspensión del deber legal de acordar la disolución por existir pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social<sup>42</sup>, cuestión que de nuevo entronca con el régimen de responsabilidad de los administradores sociales en la proximidad a la insolvencia<sup>43</sup>.

### III. Régimen de Comunicación de Apertura de Negociaciones del Procedimiento Especial para Microempresas

Como se ha señalado en el primer epígrafe de este trabajo, el nuevo v prevé un Libro Tercero de aplicación exclusiva y excluyente al deudor que revista la condición de microempresa tal y como la define la propia norma<sup>44</sup>, sin perjuicio de la aplicación supletoria ex art. 689 TRLC, de

---

<sup>42</sup> El art. 363.1 e) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC) establece que: “La sociedad de capital deberá disolverse Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso”.

<sup>43</sup> Se han ocupado del tema, en relación con la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso y la moratorias COVID al deber de solicitar la declaración de concurso, FRANCISCO MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, «La responsabilidad por deudas de los administradores. (Regulación extraordinaria COVID-19)», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 1 (2021) 103-120; FREDIA VALENCIA GARCÍA, «Administradores en Estado de Alarma», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 187-192.

<sup>44</sup> El art. 685 TRLC define qué debe entenderse como microempresas a efectos de aplicación de este Libro especial: “Deudores que sean personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan las siguientes características: 1.ª Haber empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores. Este requisito se entenderá cumplido cuando el número de horas de trabajo realizadas por el conjunto de la plantilla sea igual o inferior al que habría correspondido a menos de diez trabajadores a tiempo completo; 2.ª Tener un

lo establecido en los Libros Primero y Segundo, con las adaptaciones que resulten precisas para acomodar los principios que presiden el procedimiento especial y sus reglas.

Por lo que respecta al presupuesto objetivo de aplicación, el mismo refiere a aquellas microempresas que se encuentren en probabilidad de insolvencia (en cuyo caso no podrá afectar al crédito público ex. art. 685.4 TRLC), en estado de insolvencia inminente, o en insolvencia actual. Igualmente, pesa sobre las microempresas el deber legal de solicitar la apertura del procedimiento especial dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiere conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual (art. 686 TRLC).

Situados en este contexto, formalmente, solo aparece un precepto en todo el Libro Tercero, el art. 690 TRLC, dedicado a la regulación a comunicación de la apertura de negociaciones para microempresas. Ahora bien, no es posible llevar a cabo un análisis satisfactorio del régimen jurídico de dicha institución, sin destacar sus conexiones con otras instituciones y particularidades propias del procedimiento especial de microempresas, en especial, por lo que respecta al tratamiento del crédito público.

Así las cosas, el art. 690.1 TRLC establece el mismo presupuesto objetivo para la comunicación de negociaciones que en el Libro Segundo, si bien, a continuación, en el art. 690.2 TRLC ya establece la primera particularidad, a saber, la presentación de la comunicación por medios electrónicos a través de formulario normalizado.

En este sentido, uno de los principios rectores del procedimiento especial de microempresas, por influencia del Chapter 11 del us Code<sup>45</sup>, es la tramitación telemática y el uso de formularios normalizados como forma de celebración y notificación ordinaria de los actos procesales (art. 687 TRLC). De esta forma, la comunicación de negociaciones no es una excepción a este principio y la misma deberá realizarse

---

volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud”.

<sup>45</sup> A este respecto analizándose el régimen del uso de los formularios en el ámbito del Chapter 11 del us Code, Carlos GÓMEZ ASENSIO, *Los acuerdos de reestructuración en la directiva 2019/1023 sobre marco s de reestructuración preventiva*, Cizur Menor: Aranzadi, 2019, 90-104, pudiendo encontrar en los Anexos de la Obra un extracto de los principales forms utilizados en el ámbito del Chapter 11 del us Code.

por vía telemática a través del formulario preestablecido al efecto, cuyo contenido supone una adaptación del contenido de la comunicación (art. 586 TRLC), antes analizado en sede del Libro Segundo.

Por lo que respecta a los efectos de la comunicación de negociaciones, el art. 690.3 TRLC lleva a cabo una remisión general al régimen ya comentado del Libro Segundo, si bien establece una serie de especialidades que deben ser objeto de comentario:

En primer lugar, por lo que respecta a la duración de los efectos asociados a la comunicación de negociaciones, en el procedimiento especial para microempresas se excluye su prórroga ex. art. 690.3.3º TRLC, por lo que su duración no podrá extenderse más allá de 3 meses<sup>46</sup>.

En segundo lugar, y por lo que respecta al régimen de la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso, el art. 690.3.5º TRLC, establece la suspensión de las solicitudes de concurso presentadas por acreedores u otros legitimados después de haber llevado a cabo el deudor la comunicación de negociaciones, las cuales solo se proveerán (art. 690.3.6º TRLC) cuando, transcurridos los 3 meses del período de negociaciones, hubieran transcurrido 5 días hábiles sin que el deudor hubiera solicitado la declaración de concurso. En definitiva, ambos preceptos suponen una traslación al procedimiento especial para microempresas del régimen establecido por el art. 610 TRLC en sede del Libro Segundo.

Por su parte, el art. 690.3. 7º TRLC constituye el equivalente al art. 611 TRLC en el ámbito del Libro Segundo, si bien el precepto concede tan solo al deudor microempresa un plazo de 5 días hábiles para solicitar el concurso de acreedores una vez superados los 3 meses del período de negociaciones.

Por último, cierra el contenido del régimen de la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso, el art. art. 690.3. 8º TRLC que, al igual que el art. 613 TRLC en sede del Libro Segundo, establece la suspensión del deber legal de acordar la disolución por existir pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la

---

<sup>46</sup> A este respecto señala el autor del texto prelegislativo, Ignacio TIRADO MARTÍ, «El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 220 que: “Tres meses parecen suficientes para acordar un plan de una empresa de estas características, y una prolongación forzosa parecería un sacrificio excesivo para los acreedores (aunque, naturalmente, nada obliga a los acreedores a ejecutar si transcurre el plazo y aquéllos creen que el deudor puede ser viable)”.

mitad del capital social durante la vigencia de los efectos de la comunicación de negociaciones.

En tercer lugar, en relación con el principio *debtor in possession*, el art. art. 690.3. 2º TRLC establece el carácter no preceptivo del nombramiento de un experto en la reestructuración, lo cual constituye una especialidad con respecto a los supuestos en los que el art. 672 TRLC en sede del Libro Segundo dispone su nombramiento, si bien en todo caso, dicho nombramiento no supone un desapoderamiento del deudor, tal y como se ha expuesto anteriormente.

Con todo, la especialidad del procedimiento de microempresas que, sin duda resulta más destacable, es la recogida en el art. 690.3. 4º TRLC: «La suspensión de ejecuciones no podrá afectar en ningún caso a los acreedores públicos».

Ahora bien, al igual que se ha expuesto en el epígrafe anterior en sede de análisis del “régimen general” de comunicación de apertura de negociaciones, esta regla general de exclusión del crédito público respecto los efectos suspensivos de la ejecución ha sido objeto de matización en el art. 690.3 4º p.2 TRLC<sup>47</sup>.

Esta matización es especialmente importante en sede de microempresas, puesto que habida cuenta de las características de la estructura de capital de las mismas (empresa familiar), su elevado grado de apalancamiento financiero, su escaso margen financiero de maniobra, así como el mayor porcentaje que suele representar el crédito público para estas empresas en comparación con otras de mayor tamaño, la posibilidad de suspensión de las ejecuciones singulares dirigidas contra bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, permiten al mismo continuar con su actividad y salvaguardar la prima de reestructuración (*going concern surplus*), permitiendo la negociación de un plan de continuación real, habida

---

<sup>47</sup> Art. 690.3 4º p.2 TRLC: “Si la ejecución recayera sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, una vez iniciado el procedimiento de ejecución, se podrá suspender exclusivamente en la fase de realización o enajenación por el juez que esté conociendo del mismo. Cuando la ejecución sea extrajudicial, la suspensión la podrá ordenar el juez ante el que se haya presentado la comunicación, exclusivamente en la fase de realización o enajenación. En ambos casos, la suspensión, en su caso, acordada, decaerá perdiendo toda su eficacia una vez transcurridos tres meses desde el día de la comunicación, quedando sin efectos la suspensión, sin que sea preciso dictar resolución judicial alguna o, en su caso, acto alguno por el letrado de la Administración de Justicia”.

cuenta de la posibilidad posterior, en sede del plan de continuación de afectar dichos créditos si bien de forma condicionada (art. 698 TRLC)<sup>48</sup>.

## Conclusiones

El nuevo régimen de comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores incluido en el vigente TRLC tras la transposición de la Directiva 2019/1023, merece un juicio positivo. La introducción de una regulación específica de los efectos de la comunicación sobre los contratos, sobre determinadas cláusulas contractuales, así como sobre las garantías, supone sin duda dotar de seguridad jurídica a los operadores durante la negociación de un plan de reestructuración. Igualmente, el régimen *tailor-made* de suspensión de las ejecuciones, así como la posibilidad de prórroga, levantamiento y exclusión de sus efectos, además de la especialidad en el tratamiento de los acreedores titulares de garantías reales, termina por configurar un entorno de seguridad jurídica en el que deudor y acreedores pueden llevar a cabo las negociaciones respetando las particularidades de su posición jurídica.

Con todo, tanto en sede del régimen general de comunicación de apertura de negociaciones, como especialmente en el ámbito del procedimiento especial para microempresas del Libro Tercero, deberá tomarse en consideración las consecuencias derivadas del, no obstante su modalización respecto sus precedentes legislativos y prelegislativos, todavía tratamiento privilegiado del crédito público por el vigente TRLC, el cual puede mermar la efectividad de este marco normativo para favorecer la adopción de un plan de reestructuración o de continuación que evite la insolvencia y preserve la viabilidad económica del deudor<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Muy crítico se había mostrado con la falta de suspensión de las ejecuciones del crédito público en las versiones prelegislativas de la norma, Ignacio TIRADO MARTÍ, «El procedimiento especial para microempresas», 220: “La falta de paralización de las ejecuciones para los acreedores públicos les otorga un privilegio procesal exorbitante. En esencia, el acreedor público, conocedor de la existencia de un período de negociación, contará con la ventaja de proceder contra el patrimonio del deudor cuando otros no pueden; con ello, además, fuerza un pago que, en ocasiones, será distinto al que se corresponde con el orden de pagos en liquidación, de modo que, en realidad, no solo se sustrae a los efectos del período de negociación, sino a la totalidad del sistema concursal”.

<sup>49</sup> Comparte esta conclusión Ignacio TIRADO MARTÍ, «El procedimiento especial para microempresas», 213: “En materia del tratamiento del crédito público – debe

## Bibliografía

- AZOFRA VEGAS, FRANCISCO, «Las cláusulas ipso facto y la posibilidad de denuncia unilateral del contrato en escenarios preconcursales y concursales», *Anuario de Derecho Concursal* 55 (2022) 151-172.
- «Paralización de ejecuciones en el concurso. El caso particular de las ejecuciones de garantías reales», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 85-117.
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén, «La suspensión de la disolución obligatoria por pérdidas, la solicitud de concurso de acreedores y la comunicación de inicio de negociaciones», *Anuario de Derecho Concursal* 50 (2020) 35-44.
- «Los estados de insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal* 58 (2023).
- CIFREDO ORTIZ, Patricia, «Los contratos en la reestructuración preventiva» in Alberto DÍAZ MORENO *et al.*, *La reestructuración como solución de las empresas viables*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022, 271-294.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO, «Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración del Libro II del anteproyecto (y las novedades en el Libro IV)», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 47-84.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos, «Los deberes preconcursales de los administradores sociales», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 34 (2021) 55-172.
- *Los acuerdos de reestructuración en la directiva 2019/1023 sobre marcas de reestructuración preventiva*, Cizur Menor: Aranzadi, 2019.
- LADO CASTRO-RIAL, Cayetana, «El crédito público en el proyecto de ley de reforma concursal», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 5 (2022) 147-186.
- MARÍN TORRES, Ángel «El Experto en la reestructuración», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 199-210.

---

señalarse ya desde el inicio del artículo – se ha producido una regresión de décadas, alejando a España de todos los sistemas modernos a través de la inclusión de privilegios procesales (no sustantivos). El error es de tal magnitud – y tan reiterado a lo largo del Libro III – que supone una amenaza integral a la eficacia del procedimiento especial. Esperemos que el procedimiento de tramitación parlamentaria alivie esta situación, o se habrá perdido una oportunidad casi única”.

- MUÑOZ NAVARRO, Antonio José, «La suspensión de las ejecuciones singulares en fase preconcursal» in Alberto DÍAZ MORENO *et al.*, dir. *La reestructuración como solución de las empresas viables*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022, 245-269.
- PULGAR EZQUERRA, Juana, *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid: La Ley, 2021.
- RECAMÁN GRAÑA, Eva, «Hacia una determinación del comportamiento debido por los administradores en la reestructuración», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 32 (2020) 127-143.
- THOMÀS PUIG, Petra María, «Ejecuciones y garantías reales en reestructuraciones y concursos. Últimas reformas ya vigentes y proyectadas», *Anuario de Derecho Concursal* 56 (2022) 45-80.
- TIRADO MARTÍ, Ignacio, «El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 211-253.



---

**PARTE III**

---

**REESTRUTURAÇÃO E  
APROVAÇÃO DO PLANO**

**REESTRUCTURACIÓN Y  
APROBACIÓN DEL PLAN**



# O novo regime de aprovação do plano no PER, após a transposição da Diretiva (UE) 2019/1023

✉ [https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao\\_empresas/parte03\\_1](https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte03_1)

PAULO DE TARSO DOMINGUES\*

*Resumo:* No presente texto são analisadas as principais alterações introduzidas no PER através da Lei 9/2022, de 11 de janeiro, que transpôs para o direito português a Diretiva 2019/1023, em especial as que dizem respeito ao plano de reestruturação e à sua aprovação no âmbito deste processo de revitalização.

*Palavras-chave:* Reestruturação pré-insolvental de empresas, P.E.R., Aprovação do Plano no P.E.R., Diretiva (UE) 2019/1023

*Abstract:* In this text it is analysed the main amendments to P.E.R. (the Portuguese preventive restructuring proceeding) through Law 9/2022, which transposed into national law the Directive 2019/1023, especially those concerning the restructuring plan and its approval under P.E.R.

*Keywords:* Preventive restructuring procedures, P.E.R., (the Portuguese preventive restructuring proceeding), Approval of the restructuring plan under PER, Directive (UE) 2019/1023

*Sumário:* 1. Introdução. 2. A Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019. 3. A transposição para o direito português: a Lei 9/2022, de 11 de janeiro. 4. Apresentação do Plano no âmbito do PER. 4.1. Requerimento inicial: subscrição e classificação dos credores. 4.2. Âmbito de aplicação do regime de classificação dos credores. 4.3. Prazo para a apresentação

---

\* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Advogado.

do Plano de recuperação definitivo. 4.4. Conteúdo mínimo do Plano. 5. Aprovação e homologação do Plano. 5.1. O teste de viabilidade económica. 5.2. O teste de aprovação mínima por parte dos credores. 5.2.1. A aprovação do Plano pela unanimidade dos credores. 5.2.2. A aprovação do Plano por categorias de credores. 5.2.3. A aprovação do Plano, não havendo a classificação dos credores por categorias. 5.3. O teste do melhor interesse dos credores. 6. A não aprovação ou homologação do Plano

## 1. Introdução

No presente texto – que corresponde basicamente à minha intervenção oral<sup>1</sup> no Congresso Luso-Espanhol, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sobre a transposição da Diretiva 2019/1023, com coordenação científica dos Professores Alexandre Soveral Martins e Carlos Gómez Asensio – pretendo fazer uma breve

---

<sup>1</sup> Tendo sido mantida a estrutura do discurso oral, vai o texto despojado de referências bibliográficas. O leitor poderá, no entanto, encontrar análises ao novo regime do PER, após as alterações resultantes da Lei 9/2022, designadamente em Alexandre Soveral MARTINS, *Um curso de direito da Insolvência*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2022; Catarina SERRA, “Formação de categorias e aprovação do plano de recuperação no quadro do Processo Especial de Revitalização – Primeiras observações críticas à Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro”, in *O plano de recuperação e resiliência para a justiça económica e a transposição da diretiva 2019/1023, do parlamento europeu e do conselho*, CEJ, Ebook, 2021, 14-31; IDEM, “Satisfação dos interesses dos credores no âmbito do PER: são os credores todos iguais?” *Católica Law Review* 5/2 (2021) 13-43; Fátima Reis SILVA, “As alterações ao Processo Especial de Revitalização: um novo processo?”, in *O plano de recuperação e resiliência para a justiça económica e a transposição da diretiva 2019/1023, do parlamento europeu e do conselho*, CEJ, Ebook, 2021, 32-41, Ana Filipa CONCEIÇÃO, “A reestruturação forçada sobre categorias de credores”, in *A Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência*, APDIR, Coimbra: Almedina, 2021, 15-30; Letícia Marques COSTA, “O Processo Especial de Revitalização com as alterações introduzidas pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro”, *RED* 29/3 (outubro 2022) 79-103. Sobre a transposição da Diretiva 2019/1023, pode ver-se Christoph PAULUS / Reinhard DAMMANN, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, München / Oxford / Baden-Baden: Beck / Hart / Nomos, 2021; Tomáš RICHTER / Adrian THERY, “Guidance note 1: The implementation of preventive restructuring frameworks under EU Directive 2019/1023 – Claims, classes, voting, confirmation and the cross-class cram-down”, *INSOL Europe*, April 2020, que se pode ler em <https://www.insol-europe.org/publications/guidance-notes>.

e primeira análise sobre as principais alterações introduzidas no PER2 (ou, para usar a terminologia da Diretiva, nos planos de reestruturação preventiva) através da Lei 9/2022, de 11 de janeiro<sup>3</sup>, em especial as que dizem respeito ao plano de reestruturação pré-insolvencial e à sua aprovação no âmbito deste processo de revitalização.

## **2. A Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019**

A Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, visou precipuamente – como se pode ler no seu Considerando 1.º – contribuir para o bom funcionamento do mercado interno, eliminando obstáculos à circulação de capitais e de estabelecimento, resultantes de diferentes regimes nacionais relativos aos processos de recuperação e de insolvência, assegurando nomeadamente, e para o que aqui me interessa abordar, o acesso das empresas viáveis, que se encontrem em dificuldades financeiras, a processos de reestruturação preventiva que lhes permitam continuar a exercer a sua atividade [evitando-se, assim, diz-se depois na Exposição de Motivos da nossa Proposta de Lei<sup>4</sup> – de uma forma que não se pode deixar de considerar manifestamente redutora – a perda de postos de trabalho<sup>5</sup>].

---

<sup>2</sup> No presente texto, são usadas as seguintes abreviaturas:

AJP – Administrador judicial provisório

BJR – “Business Judgement Rule”

CIRE – Código da insolvência e da recuperação de empresas

CSC – Código das sociedades comerciais

EM – Estado-membro

MPME – Micro, pequenas e médias empresas

PER – Processo especial de revitalização

PEVE – Processo extraordinário de viabilização de empresas

<sup>3</sup> A Lei 9/2022 transpõe para o direito pátrio a Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, que constituiu o mote do Congresso.

<sup>4</sup> Proposta de Lei 115/xiv/3, com o título “Estabelece medidas de apoio e agilização dos processos de reestruturação das empresas e dos acordos de pagamento e transpõe a Diretiva (UE) 2019/1023, sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições”, que se pode encontrar em <<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=121187>>.

<sup>5</sup> Cfr. p. 3-4 da referida Proposta de Lei 115/xiv/3, doravante simplesmente Proposta de Lei.

Como se sabe, com as Diretivas visa-se alcançar a harmonização dos diferentes regimes internos. Mas, neste caso, essa harmonização poderá vir a ser muito diminuta, porquanto a Diretiva deixa muita liberdade aos EM, consagrando apenas *standards* mínimos de regulamentação, os quais, em muitos casos, podem ainda ser objeto de derrogação pelas legislações nacionais.

De todo o modo, com esta Diretiva – e com a sua transposição –, as legislações nacionais dos EM devem, pelo menos, prever<sup>6</sup>:

- a obrigatoriedade da existência, nos ordenamentos jurídicos internos, de um processo de reestruturação pré-insolvencial<sup>7</sup> (artigo 4.º);
- um regime facilitador das negociações dos planos de reestruturação preventivos, mormente através da manutenção do controlo da empresa pelo devedor (artigo 5.º) e da suspensão de medidas de execução contra a empresa devedora (artigo 6.º e 7.º);
- um conteúdo mínimo para o plano de reestruturação (artigo 8.º) e o procedimento para a sua aprovação, nomeadamente através de classes de credores, admitindo-se que o mesmo possa ser aprovado ainda que contra a vontade de algumas categorias de credores (artigos 9.º e seguintes);
- a “confirmação” ou homologação desse plano – pelo menos, em algumas situações – por uma autoridade judicial ou administrativa (artigo 11.º);
- a proteção dos novos financiamentos ou de financiamentos intercalares necessários à viabilização da empresa; e, finalmente
- a consagração de um especial regime quanto às obrigações dos administradores na iminência da insolvência (artigo 19.º).

Irei, contudo, aqui, analisar apenas as alterações relacionadas com o PER (que, em todo o caso, foram as alterações mais numerosas e substanciais que resultaram da reforma de 2022) e, sobretudo, as alterações introduzidas no nosso ordenamento jurídico que dizem respeito ao plano de reestruturação e à sua aprovação no âmbito deste processo de revitalização.

---

<sup>6</sup> No que respeita aos processos de reestruturação preventiva, que constitui o objeto da minha intervenção, ou seja, aos processos pré-insolvenciais, que visam prevenir a insolvência matéria que está contida no Título II da Diretiva, nos artigos 4.º e seguintes.

<sup>7</sup> Cfr. artigo 4.º, n.º 1 da Diretiva.

Note-se que as profundas alterações introduzidas no CIRE pela lei 9/2022 relativas ao PER resultam não apenas da transposição do regime Diretiva, mas também do propósito de clarificação e afinação de alguns aspetos controvertidos do nosso regime insolvencial e para-insolvencial. Vejamos algumas das medidas com maior impacto que resultam do novo regime do PER.

### 3. A transposição para o direito português: a Lei 9/2022, de 11 de janeiro

A Lei 9/2022, de 11 de janeiro, que transpôs para o direito interno a Diretiva 2019/1023, visou, como se pode ler na respetiva Exposição de Motivos apresentada na AR<sup>8</sup>, *inter alia*, “imprimir maior agilidade aos processos de insolvência e de recuperação”<sup>9</sup>, “tornando, assim, o sistema judicial mais eficaz e resiliente, em benefício das micro, pequenas e médias empresas e dos investidores nacionais e, conseqüentemente, dos trabalhadores”.<sup>10</sup>

Esta acentuação da especial tutela a estas entidades e sujeitos, preensamente perseguida pelo regime suscita, deve dizer-se, alguma perplexidade.

O regime visa salvar as empresas viáveis. Todas! Não apenas as pequenas e médias empresas (há, de resto, aspetos do regime<sup>11</sup> que apenas são obrigatórios para as grandes empresas) e, nessa medida, tutelar todos as partes interessadas (clientes, fornecedores, financiadores) e não apenas os trabalhadores...

De resto, não se pode esquecer, que a existência de empresas (e, conseqüentemente a recuperação daquelas que são viáveis) é vantajosa para o mercado e para a economia em geral (na medida em que criam riqueza e satisfazem as necessidades da população) e não apenas para os respetivos trabalhadores ou, em geral, para os seus *stakeholders*.

---

<sup>8</sup> Proposta de Lei 115/xiv/3.<sup>a</sup> (doravante simplesmente Proposta de Lei).

<sup>9</sup> Vide também o artigo 1.º, n.º 1 da Lei 9/2022.

<sup>10</sup> Lê-se ainda na Exposição de Motivos, que este “desiderato foi transposto para o «Plano de Recuperação e Resiliência – Recuperar Portugal, Construindo o Futuro» (PRR) na sua Componente 18, intitulada «Justiça Económica e Ambiente de Negócios»”.

<sup>11</sup> Como, p. ex., a categorização dos credores – cfr. artigo 17.º-c, n.º 4 CIRE.

Note-se que, entre nós, a transposição da Diretiva – ao contrário do que sucedeu noutros países<sup>12</sup> – não obrigou à criação de um processo de reestruturação preventiva, uma vez que Portugal, desde 2012, com o PER, já consagrava esse tipo de processo. Em todo o caso, a acomodação das soluções propostas pela Diretiva implicou, como veremos, alterações substanciais no respetivo regime.

Por outro lado, transpondo o regime da Diretiva<sup>13</sup>, é agora expressamente consagrado que durante o período de “standstill” – i.é, durante o período de suspensão das medidas de execução<sup>14</sup> –, a sociedade fica desobrigada de se apresentar à insolvência<sup>15</sup> e qualquer pedido de insolvência fica, durante a pendência do PER, suspenso<sup>16</sup>. Significa isto, está hoje claro, que a aprovação do PER não é prejudicada por qualquer pedido de insolvência (seja o pedido apresentado antes do início do PER<sup>17</sup> ou na pendência do PER<sup>18</sup>).

Acresce que, tendo em vista a facilitação da aprovação da recuperação da empresa, o artigo 17.º-E, n.º 13 CIRE (transpondo o regime do artigo 7.º, n.º 4 da Diretiva) estabelece agora expressamente para o PER – à semelhança do regime já anteriormente consagrado para o processo de insolvência no artigo 119.º CIRE – que são nulas as comumente designadas cláusulas *ipso facto*<sup>19</sup>, i.é., as cláusulas que configurem a instauração do PER como uma condição que permita a resolução ou a denúncia do contrato ou que seja causa justificativa para um qualquer pedido de indemnização.

Com a mesma finalidade, de facilitar a recuperação da empresa, o artigo 17.º-H CIRE (transpondo o regime do artigo 17.º da Diretiva) prevê agora um regime ainda mais vantajoso – do que aquele que já se encontrava consagrado no nosso direito pregresso – para os credores que financiem a empresa no PER ou em execução do Plano aprovado<sup>20</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. p. 5 da Proposta de Lei.

<sup>13</sup> Vide artigo 6.º, n.ºs 1 e 2 da Diretiva.

<sup>14</sup> Período de “standstill” que pode ir até 4 meses, podendo o juiz prorrogá-lo por mais um mês – cfr. artigo 17.º-E, n.ºs 1 e 2 CIRE.

<sup>15</sup> Cfr. artigo 18.º, n.º 2, alínea a) CIRE.

<sup>16</sup> Vide p. 6 da Proposta de Lei.

<sup>17</sup> E essa era uma solução que já resultava do artigo 17.º-E, n.º 6 CIRE, antes da reforma de 2022.

<sup>18</sup> Cfr. artigo 17.º-E, n.º 9, alíneas a) e b) CIRE.

<sup>19</sup> Vide p. 7 da Proposta de Lei.

<sup>20</sup> Note-se, contudo, que é causa de recusa de homologação do Plano por parte do Juiz, quando, “havendo um qualquer novo financiamento necessário para executar

Tais créditos passam a ser considerados créditos sobre a massa (até ao montante máximo de 25% do passivo não subordinado da sociedade<sup>21</sup>), caso a sociedade venha a ser declarada insolvente no prazo de 2 anos. E os créditos que excedam tal montante, continuam a gozar – como sucedia até aqui – de privilégio creditório mobiliário geral (graduado antes do privilégio idêntico atribuído ao crédito dos trabalhadores)<sup>22</sup>.

Estes financiamentos não poderão também ser objeto de impugnação pauliana (artigo 17.º-H, n.º 5 CIRE), nem declarados nulos ou anulados ou serem considerados insuscetíveis de execução (artigo 17.º-H, n.º 6 CIRE).

A Diretiva não exige ainda que seja sempre nomeado um administrador judicial (ou “um profissional no domínio da reestruturação”, no dizer da Diretiva<sup>23</sup>) para acompanhar as negociações e a realização do Acordo, assim como não exige que o Plano de reestruturação seja sempre “confirmado” ou homologado por uma autoridade administrativa ou judicial (cfr. artigo 10.º da Diretiva). Tal apenas será necessário em situações que atinjam de forma mais intensa – digamos assim – os interesses de partes afetadas pelo Plano, em especial os interesses dos credores (cfr. artigos 5.º e 10.º da Diretiva).

De todo o modo, o legislador português optou por tornar sempre – para todos os PERS – obrigatória a designação do AJP (cfr. artigo 17.º-C, n.º 5 e artigo 17.º-I, n.º 2 CIRE) e a homologação do Plano pelo Juiz (cfr. artigo 17.º-F, n.º 7 e artigo 17.º-I, n.º 4 CIRE).

#### **4. Apresentação do Plano no âmbito do PER**

Os aspetos mais inovadores introduzidos, pela Lei 9/2022, no nosso regime do PER prendem-se, contudo, com a apresentação e conteúdo do Plano e, sobretudo, com a sua aprovação através da votação por categoria de credores, aspetos a que irei aqui precipuamente dedicar a atenção.

---

o plano de reestruturação, este prejudica injustamente os interesses dos credores” (cfr. artigo 17.º-F, n.º 7, alínea f) CIRE).

<sup>21</sup> Cfr. artigo 17.º-H, n.º 2 CIRE.

<sup>22</sup> Vide artigo 17.º-H, n.º 3 CIRE. Os créditos concedidos em execução do Plano pelos sócios e outras pessoas especialmente relacionadas também gozam deste privilégio creditório mobiliário geral (artigo 17.º-H, n.º 4 CIRE).

<sup>23</sup> Cfr. artigo 5.º, n.º 2 da Diretiva.

Começamos pelo regime da apresentação do Plano no âmbito do PER.

#### 4.1. Requerimento inicial: subscrição e classificação dos credores

Apesar de a Diretiva não o exigir, a nossa lei determina que o PER só poderá ter início através de um requerimento<sup>24</sup> assinado pela empresa devedora (pela sua administração) e por credores, não especialmente relacionados com a empresa, que representem, pelo menos, 10% dos créditos não subordinados (cfr. artigo 17.º-C, n.º 1 CIRE) e no qual deve ser manifestada a vontade de iniciarem negociações visando a revitalização da empresa.

Note-se, a este propósito, que a Lei 9/2022 veio, clarificando divergências doutrinárias sobre a matéria, prescrever o caráter taxativo do elenco das pessoas relacionadas (acrescentou-se o advérbio de modo “exclusivamente” no artigo 49.º, n.º 1 CIRE)<sup>25</sup> e dos créditos subordinados. Apesar de, quanto a este último aspeto, a letra do artigo 48.º CIRE não ser absolutamente explícita nesse sentido, é essa a solução expressamente afirmada na Proposta de Lei<sup>26</sup>.

O requerimento inicial deve ser acompanhado dos documentos referidos no n.º 3 do artigo 17.º-C<sup>27</sup>, e conter já uma proposta (preliminar ou provisória) do plano de recuperação, conforme dispõe o artigo 17.º-C, n.º 3, alínea *c*) CIRE<sup>28</sup>.

Este requerimento inicial deve ainda incluir<sup>29</sup>, e é isso que importa aqui especialmente sublinhar – pelo seu caráter absolutamente inovador entre nós –, a proposta de classificação dos credores por classes<sup>30</sup>

<sup>24</sup> “Declaração escrita” – cfr. artigo 17.º-C, n.º 3 CIRE.

<sup>25</sup> Cfr. igualmente a p. 11 da Proposta de Lei.

<sup>26</sup> Artigo 48.º CIRE: “Consideram-se subordinados, sendo graduados depois dos restantes créditos sobre a insolvência, os créditos que preenchem os seguintes requisitos”. Vide também p. 11 da Proposta de Lei.

<sup>27</sup> Que transpõe o regime das alíneas *c*) a *d*) do n.º 1 do artigo 8.º da Diretiva.

<sup>28</sup> O Plano definitivo deve ser apresentado após a conclusão – ou o decurso do prazo para a conclusão – das negociações (cfr. artigo 17.º-F, n.º 1 CIRE).

<sup>29</sup> Cfr. artigo 17.º-C, n.º 3, alínea *d*) CIRE.

<sup>30</sup> Tem sido entendido que a divisão dos créditos feita, de acordo com a classificação do artigo 47.º CIRE, é uma divisão/classificação por classes de credores, podendo depois fazer-se subdivisões em subclasses ou categorias. A designação usada na lei, a este propósito, não é, contudo, uniforme. No sentido de que a classificação em créditos garantidos, privilegiados, comuns e subordinados é uma divisão por classes, vide

em, pelo menos, credores garantidos, privilegiados, comuns e subordinados<sup>31</sup>.

O requerimento poderá ainda, se assim for desejado pelos subscritores<sup>32</sup>, subdividir estas classes de credores em subclasses ou categorias<sup>33</sup>, “em função da existência de suficientes interesses comuns”, conforme prescreve a alínea *d*) do n.º 3 do artigo 17.º-C do CIRE, que com caráter meramente exemplificativo<sup>34</sup>, indica as seguintes subclasses/categorias de credores:

- i*) Trabalhadores, sem distinção da modalidade do contrato;
- ii*) Sócios;
- iii*) Entidades bancárias que tenham financiado a empresa;
- iv*) Fornecedores de bens e prestadores de serviços;
- v*) Credores públicos.

Note-se que a falta de densificação legal de critérios para a formação das categorias (tendo-se preferido uma enumeração meramente exemplificativa) irá seguramente originar disputas e controvérsias que poderiam ser evitadas se outra tivesse sido a opção do legislador. Na Diretiva, no Considerando 44, é feita essa densificação – a qual poderá

---

artigo 17.º-F, 1, alínea *c*). Mas, em sentido diferente, vide artigo 17.º-C, n.º 3, alínea *d*), que os qualifica como categorias.

<sup>31</sup> Quanto à densificação do que seja cada uma destas categorias, ela é feita no n.º 4 artigo 47.º CIRE, que distingue entre:

*a*) créditos “garantidos”, que são os que beneficiam de garantias reais ou de privilégios creditórios especiais;

*b*) créditos “privilegiados”, que são os que beneficiam de privilégios creditórios gerais sobre bens integrantes da massa insolvente;

*c*) créditos “subordinados”, que são os previstos no artigo 48.º CIRE, nomeadamente os créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor, desde que a relação especial existisse já aquando da respetiva constituição; os créditos sobre a insolvência que, como consequência da resolução em benefício da massa insolvente, resultem para o terceiro de má fé; os créditos por suprimentos; e

*d*) créditos “comuns”, que são os demais créditos.

<sup>32</sup> A utilização do verbo “querer” no texto da lei aponta, na verdade, para uma faculdade e não uma obrigatoriedade, por parte dos subscritores do requerimento, quanto à apresentação da divisão dos credores também por subclasses ou categorias.

<sup>33</sup> Com esta categorização visa-se impedir que o Plano possa ser obstaculizado de ser aprovado exclusivamente pela vontade de um ou alguns credores; a vontade da maioria dos credores em situação idêntica prevalecerá sobre a vontade minoritária dos credores de cada categoria.

<sup>34</sup> Como resulta inequivocamente da norma através da utilização do advérbio “designadamente”.

servir como critério orientador entre nós –, estabelecendo-se que para a formação das categorias se deve atender aos direitos e ao grau de prioridade dos créditos e interesses das partes afetadas.

Refira-se, ainda, a este propósito, que o 4.º parágrafo do n.º 4 do artigo 9.º da Diretiva, estabelece que os “Estados-Membros tomam medidas adequadas para assegurar que a formação das categorias seja realizada tendo especialmente em vista proteger os credores vulneráveis, tais como os pequenos fornecedores”. É algo que, assim o julgo, não foi devidamente atendido, entre nós, com a alteração e transposição efetuada pela Lei 9/2022.

Esta categorização (em subclasses) efetuada pelos requerentes do PER, pode ser contestada pelos credores, no prazo para a impugnação de créditos (cfr. artigo 17.º-D, n.º 4 CIRE).

Esta norma estabelece que o credor que conteste a categorização proposta no requerimento inicial, deve indicar uma “proposta alternativa de classificação dos créditos”. Deve, contudo, considerar-se que, se esta proposta não for feita pelo credor, tal não deve determinar o indeferimento da reclamação, dado que o Juiz tem sempre de apreciar oficiosamente a classificação dos credores e, eventualmente, alterá-la (cfr. artigo 17.º-D, n.ºs 5 e 6 CIRE). Aquela obrigação de apresentação da proposta de classificação dos credores constituirá apenas um afloramento do princípio da cooperação, sem consequências para o apresentante, se não o fizer.

O correto agrupamento ou categorização dos credores deve depois ser objeto de controlo por parte do Tribunal, o qual deverá, em princípio, ser efetuado na decisão sobre impugnação de créditos (cfr. artigo 17.º-D, n.ºs 5 e 6 CIRE <sup>35</sup>). De todo o modo, a final, no momento da homologação, o Juiz deve apreciar se o tratamento dado às diferentes categorias de credores está de acordo com o regime legal, sob pena de, a não ser esse o caso, tal constituir causa para a recusa de homologação (cfr. artigo 17.º-F, n.º 7, alíneas *b*), *c*) e *d*) CIRE).

---

<sup>35</sup> Vide artigo 17.º-D, n.º 5 CIRE que expressamente dispõe: “O juiz dispõe, em seguida, de cinco dias úteis para decidir sobre as impugnações apresentadas e, caso aplicável, decidir sobre a conformidade da formação das categorias de créditos nos termos da alínea d) do n.º 3 do artigo anterior, podendo determinar a sua alteração no caso de as mesmas não refletirem o universo de credores da empresa ou a existência de suficientes interesses comuns entre estes”.

## 4.2. Âmbito de aplicação do regime de classificação dos credores

O regime de classificação dos créditos não é aplicável – conforme é imposto pela Diretiva<sup>36</sup> – às micro, pequenas e médias empresas. É a solução que está, entre nós, consagrada no artigo 17.º-C, n.º 4 CIRE.

Note-se, em todo o caso, que as Micro e Pequenas e Médias Empresas (MPME) não são nunca obrigadas a subdividir os credores por categorias. Já quanto à divisão dos credores pelas classes do artigo 47.º CSC, se não o têm de fazer no requerimento inicial (artigo 17.º-C, n.º 4 CIRE), já terão de proceder a tal classificação no plano final que apresentam ao Tribunal após as negociações (cfr. artigo 17.º-F, n.º 1, alínea c) CIRE).

Deste regime resulta, no entanto, que só as grandes empresas – em Portugal, só as empresas que empregam mais de 250 trabalhadores ou que têm um volume de negócios anual superior a 50 milhões ou que têm um balanço total anual superior a 43 milhões de euros<sup>37</sup> – é que estão obrigadas a apresentar esta lista de credores por subclasses categorias.

Mas, se as MPME apresentarem tal lista, será com base nela que se determinará a aprovação do Plano, nos termos que veremos infra.

Não deixa, de qualquer modo, de ser curioso, que, dado o nosso tecido empresarial, que é sobretudo composto por MPME, aquela que é apresentada na lei como regra (a subdivisão dos credores por categorias) seja, afinal, a exceção.

## 4.3. Prazo para a apresentação do Plano de recuperação definitivo

A empresa<sup>38</sup> deve apresentar e depositar no Tribunal, até “ao último dia do prazo de negociações”, uma versão final (ou definitiva) Plano de Recuperação (cfr. artigo 17.º-F, n.º 1 CIRE)<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Cfr. 3.º parágrafo do n.º 4 do artigo 9.º da Diretiva.

<sup>37</sup> Vide artigo 2.º, n.º 1, *a contrario* do Anexo ao DL 372/2007, de 6 de novembro.

<sup>38</sup> Note-se que, apesar de a Diretiva apenas impor a necessidade do acordo do devedor, relativamente ao Plano, para as PME (cfr. artigo 11.º, n.ºs 1 e 2 da Diretiva), o CIRE determina que, seja qual for o tipo de empresa devedora, o Plano tem sempre de merecer a sua concordância, uma vez que o mesmo deve ser por ela apresentado e depositado no Tribunal.

<sup>39</sup> Este Plano definitivo deve ser publicado, “de imediato” no Citius (artigo 17.º-F, n.º 1 CIRE), dispondo os credores de cinco dias para se pronunciarem sobre o

Este prazo de negociações é de dois meses, após o término do prazo para impugnação dos créditos, podendo ser prorrogado por um mês mais, por acordo entre o AJP e a empresa (cfr. artigo 17.º-D, n.º 7 CIRE).

Note-se que este prazo para a apresentação Plano definitivo não está alinhado – podendo conduzir a soluções não coincidentes – com o prazo de “standstill” (de suspensão de medidas de execução previstas para proteção da empresa devedora<sup>40-41</sup>).

---

mesmo, nomeadamente alegando as razões por que o mesmo não deverá ser homologado (podendo a empresa, também no prazo de cinco dias responder e, querendo-o, alterar o Plano (artigo 17.º-F, n.º 2 CIRE). Findos estes prazos, deve ser publicado novo anúncio no Citiuz, indicando se houve ou não alteração Plano, passando a partir deste anúncio a correr o prazo de 10 dias para a votação, prazo durante o qual pode qualquer credor solicitar a não homologação do Plano (artigo 17.º-F, n.º 3 CIRE).

Sublinhe-se que a lei não é clara se estes prazos se referem a dias úteis ou seguidos. Com efeito, o CIRE utiliza, sem grande critério, a referência a dias úteis, a dias “contados” (*sic*) ou simplesmente a dias (sem qualquer qualificativo, como sucede neste artigo 17.º-F - CIRE). Em todo o caso, uma vez que, na maioria dos casos os prazos, no CIRE, são contados em dias úteis, deverá entender-se que, na ausência de indicação expressa sobre a modalidade de contagem do prazo, será esta a solução aplicável.

<sup>40</sup> A Lei 9/2022 esclarece agora que a suspensão respeita apenas às ações executivas (cfr. artigo 17.º-E, n.ºs 1 e 2); i.é, fica apenas proibida a instauração de quaisquer ações executivas contra a sociedade para cobrança de créditos, ficando igualmente suspensas todas as ações executivas que se encontrem pendentes (vide p. 6 da Proposta de Lei). Ficam excecionadas deste regime, as ações executivas para cobrança de créditos de trabalhadores (artigo 17.º-E, n.º 4 CIRE).

Por outro lado, é, acertadamente, eliminada a referência à extinção das ações em curso com a homologação do plano de revitalização. As ações podem prosseguir, mas sujeitando-se às condições aprovadas no Plano. (ou seja, o valor exequendo, reduzido nos termos aprovados no Plano, poderá continuar a ser reclamado na execução que ficou suspensa).

<sup>41</sup> Neste âmbito, alarga-se também a noção de “contratos executórios essenciais” (vide p. 7 da Proposta de Lei), que terão de continuar a ser pontualmente cumpridos pela contraparte, ainda que sem pagamento do preço por parte da Requerente do PER (a Diretiva expressamente admite que o período de “standstill” se aplique igualmente a contratos não essenciais – cfr. 3.º parágrafo do n.º 4 do artigo 7.º da Diretiva). De acordo com o artigo 17.º-E, n.º 11 CIRE, estes contratos passam a abranger não só os serviços públicos essenciais, como sucedia antes desta reforma de 2022, mas todos “os contratos de execução continuada que sejam necessários à continuação do exercício corrente da atividade da empresa”, proibindo-se expressamente que os credores possam recusar cumprir, resolver, antecipar ou alterar unilateralmente esses contratos em prejuízo da empresa, quando o único fundamento para tal seja a falta de pagamento de dívidas constituídas antes da suspensão (artigo 17.º-E, n.º 10 CIRE). Mantém-se o regime já vigente, de que o preço destes bens e serviços essenciais, proporcionados à sociedade, neste período de “standstill”, são dívidas da massa, numa insolvência que venha a ocorrer no prazo de dois anos (artigo 17.º-E, n.º 12 CIRE).

Com efeito, a Lei 9/2022 estabeleceu que este período de “standstill” se inicia com a designação do AJP (cfr. artigos 17.º-E, n.ºs 1 e 2), podendo prolongar-se por um período de 4 meses, o qual pode ser prorrogado, no máximo, por mais um mês<sup>42</sup>.

Ora, pese embora o prazo para as negociações ser mais curto (2 meses, prorrogável por mais um mês) que o prazo de “standstill” (que é de 4 meses, podendo ser prorrogado por mais um mês), poderá suceder, uma vez que o termo inicial dos dois prazos não é o mesmo<sup>43</sup>, que o prazo de suspensão termine antes do prazo para as negociações, com os inconvenientes daí decorrentes, nomeadamente para a recuperação e viabilização da empresa.

#### 4.4. Conteúdo mínimo do Plano

O artigo 17.º-F CIRE – transpondo o regime do artigo 8.º da Diretiva – estabelece qual é o conteúdo mínimo do Plano de Recuperação, que deve nomeadamente indicar:

- As partes afetadas pelo conteúdo do plano<sup>44</sup>, designadas a título individual e, se aplicável, repartidas pelas categorias em que tenham sido agrupadas (cfr. artigo 17.º-F, n.º 1, alínea *d*) CIRE)<sup>45</sup>;

---

<sup>42</sup> A Diretiva estabelece também este período máximo inicial de 4 meses (cfr. artigo 6.º, n.º 6 da Diretiva), mas admite que o prazo máximo de suspensão (com prorrogações) possa ir até 12 meses (cfr. artigo 6.º, n.º 8 da Diretiva).

<sup>43</sup> O prazo de “standstill” inicia-se com a designação do AJP, enquanto o prazo das negociações se inicia após o fim do prazo para a impugnação dos créditos. E apesar dos prazos curtos para a apresentação e tramitação das impugnações (cfr. artigo 17.º-D, n.ºs 2 a 6), poderá suceder que o prazo para a negociação se prolongue para além do prazo de “standstill”.

Os prazos para a tramitação do processo são efetivamente extremamente curtos (cfr. artigo 17.º-D, n.ºs 2 a 6): Os credores têm 20 dias “contados” (*sic!* deverá entender-se como dias “seguidos”), após a publicação do edital no Cítilus, para reclamar os seus créditos; o AJP tem 5 dias (úteis? – vide *supra* nota 40) para elaborar lista provisória de créditos. Segue-se um prazo de cinco “dias úteis”, após publicação da lista no Cítilus, para impugnação dos créditos relacionados. E, finalmente, o juiz dispõe de 5 “dias úteis” para decidir as impugnações. O prazo para as negociações começa a decorrer cinco dias após a publicação no Cítilus da lista provisória de créditos. E, por isso, se percebe que o prazo de dois meses para as negociações possa sem dificuldade ultrapassar o prazo de quatro meses de “standstill”.

<sup>44</sup> Note-se que enquanto a Diretiva menciona partes afetadas, no CIRE usa-se, um pouco indistintamente, partes afetadas e credores afetados, o que não é a mesma coisa. Pense-se, p. ex., nos sócios, que podem não ser credores e serem afetados pelo Plano.

<sup>45</sup> A alínea *c*) do n.º 1 do artigo 17.º-F CIRE – que respeita ao Plano apresentado por MPMEs – determina que também nestes casos se deve discriminar, por “classes de

- As partes não afetadas pelo plano de recuperação, juntamente com uma descrição das razões pelas quais o Plano não as afeta (cfr. artigo 17.º-F, n.º 1, alínea e) CIRE);
- As condições do plano de reestruturação, incluindo, em especial, as medidas de reestruturação propostas e a sua duração (cfr. artigo 17.º-F, n.º 1, alínea f) CIRE); e
- Uma exposição que indique as causas das dificuldades da empresa e que explique as razões pelas quais há uma perspectiva razoável de o plano de recuperação evitar a insolvência da empresa e garantir a sua viabilidade (cfr. artigo 17.º-F, n.º 1, alínea j) CIRE).

## 5. Aprovação e homologação do Plano

Apresentada a versão final do Plano, ela terá depois de ser aprovada pelos credores, pelas maiorias que veremos de seguida, devendo, ainda, entre nós<sup>46</sup>, ser sempre homologado pelo Juiz, o qual apenas poderá recusar esta homologação nas hipóteses taxativamente previstas no n.º 7 do artigo 17.º- F<sup>47</sup>.

Uma vez homologado o Plano, a nossa lei determina que ele passa a vincular a empresa e todos os credores, mesmo os que não hajam reclamado os seus créditos ou não tenham participado nas negociações (cfr. artigo 17.º-F, n.º 11 CIRE)<sup>48</sup>.

Trata-se de uma solução que vem do regime inicial do PER aprovado em 2012, e que se justifica pelo princípio da igualdade de

---

créditos nos termos do artigo 47.º”, as partes afetadas pelo Plano. Esta solução – da classificação dos credores por categorias –, para as MPMEs, não é, porém, imposta nem pela Diretiva, nem pelo artigo 17.º-C, n.º 4 CIRE. Deve, por isso, entender-se que, tratando-se de uma MPME, tal discriminação por subclasses ou categorias de credores só terá de ser efetuada quando a empresa, voluntariamente, tenha feito tal classificação dos credores.

<sup>46</sup> Embora tal não seja imposto pela Diretiva.

<sup>47</sup> Que transpõe o regime do artigo 10.º da Diretiva.

<sup>48</sup> Note-se que, a este propósito, o artigo 15.º da Diretiva estabelece:

“1. Os Estados-Membros asseguram que os planos de reestruturação confirmados por uma autoridade judicial ou administrativa sejam vinculativos para todas as partes afetadas designadas ou repartidas em conformidade com o artigo 8.º, n.º 1, alínea c) [norma que se refere à classificação dos credores por categorias].

2. Os Estados-Membros asseguram que os credores que não estiveram envolvidos na adoção de um plano de reestruturação nos termos do direito nacional não sejam afetados por esse plano.”.

tratamento de credores e também porque a homologação do Plano passa pelo crivo judicial.

Para que o Plano possa ser homologado e entre em vigor – passando, como se disse, a vincular todos os credores, mesmo os que não hajam reclamado os seus créditos ou não tenham participado nas negociações (cfr. artigo 17.º-F, n.º 11 CIRE) – é necessário que ele supere, com sucesso, três testes:

- i)* o teste de viabilidade económica
- ii)* o teste de aprovação mínima por parte dos credores; e
- iii)* o teste do melhor interesse dos credores

Analisemos cada um deles.

### 5.1. O teste de viabilidade económica

Uma das inovações que resulta da Diretiva é a de permitir que os EM possam estabelecer que o Plano só seja “confirmado” ou, entre nós, homologado pelo Juiz, quando a empresa apresente viabilidade económica<sup>49</sup>.

O nosso legislador, usando esta possibilidade, transpôs aquele regime para a alínea g) do n.º 7 do artigo 17.º-F do CIRE. E de acordo com esta norma – que reproduz o artigo 10.º, n.º 3 da Diretiva –, o Juiz deverá recusar a homologação do Plano, quando este “não apresenta perspectivas razoáveis de evitar a insolvência da empresa ou de garantir a viabilidade da mesma”.

Para permitir esta avaliação por parte do Juiz, a lei obriga a que, com a versão final do Plano, seja apresentada, pela empresa, uma exposição em se que fundamente e explique as razões pelas quais se considera que ela é, com a execução daquele Plano, viável (cfr. artigo 17.º-F, n.º 1, alínea j) CIRE).

E também o AJP deve emitir parecer fundamentado sobre esta matéria, pronunciando-se sobre se o Plano assegura a tal perspectiva razoável de viabilização da empresa<sup>50</sup>. E, sublinhe-se, este Parecer deverá ser emitido pelo AJP, seja quando o Plano é aprovado apenas por maioria (artigo 17.º-F, n.º 6), seja, inclusivamente, quando o mesmo é aprova-

---

<sup>49</sup> Quando “apresente perspectivas razoáveis de evitar a insolvência do devedor ou de garantir a viabilidade da empresa” (cfr. artigo 10.º, n.º 3 da Diretiva).

<sup>50</sup> À semelhança do regime que se previu no PEVE. Vide p. 8 da Proposta de Lei.

do pela unanimidade dos credores (artigo 17.º-F, n.º 4), o que mostra à evidência a preocupação do legislador em assegurar que este teste de viabilidade económica seja sempre realizado.

Note-se que, apesar de no considerando 50 da Diretiva expressamente se afirmar que esta apreciação sobre o mérito do Plano, por parte do Tribunal, não necessitar de ser oficiosa, a nossa lei não consagrou tal solução. Ou seja, entre nós, o Juiz deve sempre, officiosamente – porque se trata de uma condição para a homologação (ou recusa de homologação) do Plano –, apreciar a bondade do Plano relativamente à viabilização da empresa.

Percebe-se a finalidade do regime: evitar que possam ser homologados Planos que, afinal, não evitem que a empresa se mantenha moribunda, nem impeçam a sua insolvência!

Esta é, em todo o caso, uma solução que apresenta enormes dificuldades de ordem prática.

De facto, os juízes não têm os conhecimentos nem as competências necessárias para avaliar a razoabilidade do Plano e a viabilidade económica que do mesmo possa resultar para a empresa.

E não é plausível nem crível admitir que o Juiz possa recorrer a peritos para o ajudar nesta tarefa, atento o prazo extremamente curto de que ele dispõe – 10 dias<sup>51</sup> – para proferir a decisão sobre a homologação ou recusa de homologação.

Seja como for, atento o regime que resulta da BJR (*Business Judgment Rule*), que tem hoje consagração legal entre nós<sup>52</sup>, e a conseqüente limitação da intrusão judicial na vida das sociedades que dela resulta, deve entender-se que o Tribunal só deverá recusar a homologação quando for absolutamente manifesto que o Plano não assegurará a viabilização da empresa. E essa recusa de homologação só deverá ocorrer – assim me parece também – quando haja alguém (p. ex., o AJP, no seu Parecer ou um requerimento de algum credor nesse sentido) que alegue fundamentadamente que o Plano não preenche aquela exigência legal.

Ou seja, se nenhum interessado contestar a viabilidade económica da empresa com o Plano aprovado, não deverá ser o Juiz, em princípio, por mote próprio, a recusar a homologação do mesmo.

---

<sup>51</sup> Cfr. artigo 17.º-F, n.º 7 CIRE.

<sup>52</sup> Cfr. artigo 72.º, n.º 2 CSC.

Trata-se de uma solução alinhada com a prevista no artigo 17.º-F, n.º 8 CIRE, em que o Juiz pode, em certas situações, determinar a avaliação da empresa, mas apenas quando haja um credor que discorde da aprovação do Plano<sup>53</sup>.

## 5.2. O teste de aprovação mínima por parte dos credores

Apresentado o Plano, este tem de ser aprovado pelos credores.

E é inquestionável que com o novo regime – com a votação por categorias de credores e com a alteração dos quóruns para a sua aprovação – claramente se facilitou e aligeirou a aprovação do PER<sup>54</sup>. Com efeito, a lei admite agora várias alternativas para a aprovação do Plano com quóruns menos exigentes do que se previa no direito progressivo, e em que se admite até, como veremos, que o Plano possa ser aprovado contra a vontade dos credores que representam a maioria dos créditos<sup>55</sup>.

A votação do Plano é feita por escrito (artigo 17.º-F, n.º 6 CIRE), devendo a abertura dos votos feita pelo AJP em conjunto com a empresa<sup>56</sup> e sendo o voto contabilizado em função do capital<sup>57</sup>. Os créditos impugnados poderão ser contabilizados se se considerar que há uma probabilidade séria de estes serem reconhecidos (cfr. artigo 17.º-F, n.º 5 CIRE); já os créditos não afetados pelo Plano não conferem direito de voto (artigo 211.º CIRE aplicável ao PER *ex vi* artigo 17.º-F, n.º 6 CIRE<sup>58</sup>).

---

<sup>53</sup> Trata-se de uma posição que se aproxima – embora não seja totalmente coincidente – de uma outra que considera que desde que o Plano tenha sido aprovado pelos credores se deve “presumir” ou concluir que “tem viabilidade”.

<sup>54</sup> P. 12 da Proposta de Lei. Não é preciso, agora, confrontar a posição de cada credor com os demais, mas apenas o tratamento que é dado aos credores dentro da mesma categoria.

<sup>55</sup> Deixa de se atender apenas à tradicional divisão, que vigorava entre nós, entre os votos dos credores subordinados e não subordinados e a exigência de que o Plano fosse aprovado pela maioria dos créditos destes últimos, como continua a suceder para a aprovação do Plano na insolvência (cfr. artigo 212.º CIRE).

<sup>56</sup> Apesar de a lei o não referir, deve entender-se, em obediência ao princípio da transparência do procedimento, que os credores devem poder, caso o desejem e manifestem a sua vontade nesse sentido, poder estar presente no momento da abertura e contabilização dos votos.

<sup>57</sup> Um euro corresponde a um voto (cfr. artigo 73.º, n.º 1 CIRE).

<sup>58</sup> Solução que resulta igualmente do n.º 2 do artigo 9.º da Diretiva.

Relativamente à votação propriamente dita, há agora que distinguir três situações:

- a situação em que o Plano é aprovado pela unanimidade dos credores;
- a situação em que tal não sucede e a aprovação é feita por categorias (ou subclasses) de credores; e
- a situação em que não há a divisão dos credores por categorias (ou subclasses).

### 5.2.1. A aprovação do Plano pela unanimidade dos credores

Na hipótese em que o Plano é aprovado pela unanimidade dos credores, o processo deve ser imediatamente remetido ao Tribunal pelo AJP, com o seu Parecer sobre a viabilidade da recuperação da empresa com o Plano aprovado.

Recebido o processo, o Juiz deve sindicar se o mesmo passa pelo crivo dos requisitos de que depende a homologação previstos no artigo 17.º-F, n.º 7 CIRE<sup>59</sup>, nomeadamente verificando se o mesmo passa no teste de viabilidade económica<sup>60</sup>, mas já não tendo que apreciar o teste do melhor interesse dos credores, uma vez que este não tem caráter oficioso. I.é, o teste do melhor interesse dos credores apenas deve ser analisado pelo Tribunal quando algum credor requeira a não homologação do Plano com base nesse fundamento (cfr. artigo 17.º-F, n.º 7, alínea e) CIRE)<sup>61</sup>, o que aqui não sucederá uma vez que todos votaram favoravelmente o Plano.

### 5.2.2. A aprovação do Plano por categorias de credores

Uma segunda hipótese a considerar verifica-se quando os credores são – por imposição legal ou por vontade da empresa – agrupados por categorias<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Não havendo razões para recusar a homologação, o Juiz deverá homologar o Plano, que produzirá imediatamente os seus efeitos (artigo 17.º-F, n.º 4 CIRE).

<sup>60</sup> Cfr. artigo 17.º-F, n.º 7, alínea g) CIRE.

<sup>61</sup> Não haverá também aqui lugar à aplicação do regime previsto no n.º 8 do artigo 17.º-F CIRE (i.e., ser determinada a avaliação da empresa pelo Juiz), uma vez que não há credores discordantes.

<sup>62</sup> O regime consta do artigo 17.º-F, n.º 5, alínea a) CIRE, que transpõe o regime do artigo 11.º da Diretiva.

Neste caso, considera-se que o voto de uma categoria é favorável se obtiver dois terços da totalidade dos votos emitidos<sup>63</sup> (não se considerando como tal as abstenções) no âmbito dessa categoria<sup>64</sup>.

Determinado o sentido de voto de cada uma das categorias, o Plano considerar-se-á aprovado, quando se verifique uma de três situações<sup>65</sup>:

- a) quando obtenha o voto favorável de todas as categorias formadas (artigo 17.º-F, n.º 5, alínea *a*), item *i*) CIRE);
- b) quando obtenha o voto favorável da maioria das categorias formadas, desde que pelo menos uma das categorias que aprova o Plano seja uma categoria de credores garantidos ou, não havendo categorias de credores garantidos, pelo menos uma das categorias que aprove o Plano seja de credores não subordinados (cfr. artigo 17.º-F, n.º 5, alínea *a*), item *ii*) e *iii*) CIRE)<sup>66</sup>; ou
- c) quando, havendo empate entre categorias, a aprovação do Plano tenha sido votada por, pelo menos uma categoria de credores não subordinados<sup>67</sup>; *i. é*, desde que seja votada por uma categoria de credores de grau hierárquico superior (artigo 17.º-F, n.º 5, alínea *a*), item *iv*) CIRE).

---

<sup>63</sup> Ao determinar o quórum deliberativo pelo universo de votos emitidos, isto pode fazer com que uma minoria dos credores e créditos dessa categoria – apenas os que votaram – determinem o sentido de voto. E esta é uma solução que contraria o regime da Diretiva, que manda atender à maioria créditos em cada uma das categorias (cfr. artigo 9.º, n.º 6 CIRE).

<sup>64</sup> Na Diretiva estabelece-se como limite máximo que pode ser exigido para a aprovação por uma categoria, votos correspondentes a 75% do montante dos créditos dessa categoria (cfr. artigo 9.º, n.º 6 da Diretiva).

<sup>65</sup> Questão duvidosa é a de saber – dado o modo pouco claro como se encontra redigida a interligação das diferentes alíneas do n.º 5 do artigo 17.º-F CIRE – se, havendo classificação dos credores por categorias, se poderá aplicar à respetiva aprovação do Plano o método previsto na al. c) do n.º 5 do artigo 17.º-F CIRE – ou se este é exclusivamente aplicável para as situações em que não se verifica tal classificação por subclasses ou categorias de credores.

<sup>66</sup> Note-se que, se não houver credores garantidos e o plano for aprovado por uma maioria das categorias formadas, poderá o Juiz determinar a avaliação da empresa. Sublinhe-se, contudo, que o Juiz só poderá determinar esta medida, se tiver sido requerida a não homologação do Plano com fundamento em não ter sido respeitado este quórum deliberativo, este teste de aprovação mínima (cfr. artigo 17.º-F, n.º 8, alínea *b*) CIRE).

<sup>67</sup> Também em caso de empate na votação por categorias pode haver lugar à avaliação da empresa, nos mesmos termos referidos na nota anterior (cfr. artigo 17.º-F, n.º 8, alínea *b*) CIRE).

Já se vê que com este regime, será possível que os credores titulares de uma parcela minoritária dos créditos sobre a empresa possam impor a aprovação do Plano contra a vontade dos demais credores; i. é, será possível impor uma reestruturação forçada da dívida contra uma ou mais categoria de credores (aquilo que no jargão anglo-saxónico se costuma designar por *cross-class cram-down*<sup>68</sup>). Pense-se, p. ex., no caso de trabalhadores cujos créditos correspondam a 1% do passivo da empresa e de credores hipotecários (p. ex., instituições financeiras) que representem também 1% do passivo. Caso 67% dos votos daquelas duas categorias votem favoravelmente o Plano, poderão eventualmente impor a respetiva aprovação contra a vontade dos restantes credores que representam 98% da totalidade do passivo da empresa!

A Diretiva e a nossa lei estabelecem, no entanto, algumas válvulas de segurança que previnem resultados menos judiciosos e que permitirão acautelar e tutelar, em grande medida, os interesses destes credores discordantes da aprovação do Plano, numa situação como a indicada

Isso resultará, desde logo e antes de mais, do teste do “melhor interesse dos credores”, que será analisado infra.

Mas tal resulta também da circunstância de o Juiz – nos termos do artigo 17.º-D, n.º 7 CIRE – dever ainda recusar a homologação do Plano pelo Juiz, nomeadamente, quando:

- “no caso de classificação dos credores em categorias distintas, os credores inseridos numa mesma categoria não forem tratados de forma igual e proporcional” (cfr. alínea b) do n.º 7 do artigo 17.º-D CIRE); e
- “alguma categoria de credores receber ou conservar, no âmbito do plano de recuperação, mais do que o montante correspondente à totalidade dos seus créditos” (cfr. alínea d) do n.º 7 do artigo 17.º-D CIRE).

### **5.2.3. A aprovação do Plano, não havendo a classificação dos credores por categorias**

Finalmente, uma terceira hipótese a considerar na votação do Plano, ocorre quando os credores não são agrupados por categorias ou subclasses (o que apenas será possível, como vimos, para as MPME).

---

<sup>68</sup> Cfr. artigo 11.º da Diretiva.

Nesta situação, em que não há categorias de credores, o Plano considerar-se-á aprovado<sup>69</sup>, quando:

- a)* for votado por, pelo menos, um terço da totalidade dos votos (não se contando como tal as abstenções) e obtiver o voto favorável de mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos, desde que estes votos favoráveis correspondam a mais de 50% dos votos emitidos de créditos não subordinados (artigo 17.º-F, n.º 5, alínea *b*) CIRE); ou
- b)* obtiver o voto favorável de credores cujos créditos representem mais de 50% da totalidade dos créditos e desde que estes votos favoráveis correspondam igualmente a mais de 50% dos votos emitidos de créditos não subordinados (artigo 17.º-F, n.º 5, alínea *c*) CIRE).

Votado o Plano, deve o AJP remeter o processo ao Juiz, que deverá syndicar se o mesmo foi aprovado pelos quóruns legalmente exigidos; i. é, deve verificar se o Plano passa neste teste da aprovação mínima, devendo recusar a homologação quando tal não suceda<sup>70</sup>.

### 5.3. O teste do melhor interesse dos credores

Ainda que o Plano passe – na apreciação feita pelo Juiz – no teste da viabilidade económica e no teste da aprovação mínima pelos credores, o Tribunal não deverá, ainda assim, homologar o Plano se não passar no teste do melhor interesse dos credores<sup>71</sup>.

Isto é, se “a situação do credor ao abrigo do plano for menos favorável do que seria num cenário de liquidação da empresa”. É o que prescreve a alínea *e*) do n.º 7 do artigo 17.º-D CIRE<sup>72</sup>.

Note-se que na alínea *c*) deste n.º 7 do artigo 17.º-D CIRE é igualmente consagrado aquilo que se pode designar pelo teste do melhor

---

<sup>69</sup> O regime consta do artigo 17.º-F, n.º 5, alíneas *b*) e *c*) CIRE.

<sup>70</sup> Cfr. alínea *a*) do referido n.º 7 do artigo 17.º-F CIRE.

<sup>71</sup> Cfr. considerando 52 da Diretiva e artigo 2.º, n.º 6: o teste do “melhor interesse dos credores” consiste em nenhum credor discordante poder ficar em pior situação com o plano de reestruturação do que ficaria quer em caso de liquidação, seja através da liquidação fracionada, seja da venda da empresa em atividade, quer em caso de melhor cenário alternativo, se o plano de reestruturação não for homologado.

<sup>72</sup> Vide, no mesmo sentido, artigo 10.º, n.º 2, alínea *d*) e n.º 2, parágrafo final da Diretiva.

interesse das diferentes categorias de credores (que não apenas o melhor interesse de cada credor individualmente considerado). Com efeito, estatui-se nesta norma que o Plano não deve ser homologado pelo Juiz, “se os créditos das categorias votantes discordantes receberem um tratamento menos favorável do que o de qualquer outra categoria do mesmo grau ou menos favorável do que o de qualquer categoria de grau inferior”.

Importa aqui sublinhar que, que, ao contrário dos dois primeiros testes, o controle deste teste não pode, no entanto, ser oficiosamente feito pelo Tribunal<sup>73</sup>. Ele terá sempre de ser requerido por um credor discordante, com fundamento precisamente na circunstância de ele ficar, com a execução do Plano, numa posição pior e mais desfavorável do que ficaria sem a aprovação do Plano.

Nesta hipótese, em que um credor discordante solicita que o Plano não seja homologado, alegando que ele não passa no teste do melhor interesse dos credores, o Juiz poderá determinar a avaliação da empresa (cfr. artigo 17.º-F, n.º 8, alínea *a*) CIRE) para aferir sobre a bondade do argumento invocado.

## 6. A não aprovação ou homologação do Plano

Para terminar, uma breve nota sobre a não aprovação ou homologação do Plano<sup>74</sup>. O Plano poderá não ser aprovado<sup>75</sup> – p. ex., porque não obteve o quórum legalmente exigido ou por ter sido ultrapassado o prazo para as negociações<sup>76</sup> – ou não ser homologado pelo Juiz (o que apenas deverá suceder nas hipóteses previstas no artigo 17.º-D, n.º 7 CIRE, nomeadamente quando não passe nos 3 testes acima referidos).

---

<sup>73</sup> Cfr. a parte final da alínea *e*) do n.º 7 do artigo 17.º-D CIRE.

<sup>74</sup> Note-se que a empresa pode pôr termo às negociações, a todo o tempo e independentemente de qualquer causa, devendo-o comunicar, por carta registada, ao tribunal, ao AJP e aos credores (cfr. artigo 17.º-G, n.º 2 CIRE).

<sup>75</sup> O recurso ao PER – seja ele concluído com a aprovação e homologação do Plano ou encerrado sem que tal suceda – impede a empresa de instaurar um outro PER no prazo de dois anos (cfr. artigo 17.º-F, n.º 14 e artigo 17.º-G, n.º 8 CIRE).

<sup>76</sup> Que é, como já se disse, de 2 meses prorrogável por mais um mês (cfr. artigo 17.º-D, n.º 7 CIRE).

Neste caso, não sendo o Plano aprovado<sup>77</sup> ou não sendo homologado<sup>78</sup>, o AJP deve, depois de ouvir a empresa e os credores, emitir um parecer sobre a situação de insolvência da sociedade.

Na anterior redação do artigo 17.º-G CIRE, se o parecer emitido pelo AJP fosse no sentido de que a sociedade se encontrava insolvente, tal declaração era equiparada à apresentação à insolvência por parte da sociedade e, consequentemente, ela deveria ser imediatamente declarada insolvente pelo Tribunal. Esta solução foi, contudo, considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional<sup>79</sup>.

Por isso, a Lei 9/2022 veio alterar este regime – que consta(va) do artigo 17.º-G CIRE –, por forma a ultrapassar aquela inconstitucionalidade. Assim, com a reforma de 2022 do CIRE, a emissão do Parecer pelo AJP, considerando que a empresa está insolvente, apenas equivale à apresentação da sociedade à insolvência, quando esta a isso não se opuser. Havendo oposição da empresa quanto ao sentido daquele Parecer, o PER é encerrado e todos os seus efeitos são extintos (cfr. artigo 17.º-G, n.ºs 3 a 7 CIRE). Ou seja, o encerramento do PER com a emissão do Parecer do AJP, no sentido de que a empresa está insolvente, não determina, hoje, necessariamente a insolvência da empresa, como sucedeu no passado.

## Bibliografia

MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um curso de direito da Insolvência*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2022.

PAULUS, Christoph / DAMMANN, Reinhard, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, München / Oxford / Baden-Baden: Beck/Hart/Nomos, 2021.

---

<sup>77</sup> Cfr. artigo 17.º-F, n.ºs 5 a 7.

<sup>78</sup> Cfr. artigo 17.º-F, n.º 9, que remete para o disposto no artigo 17.º-G CIRE.

<sup>79</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 675/2018, de 18 de Dezembro de 2018, publicado no Diário da República, I Série, n.º 16, de 23 de janeiro de 2019, que “declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 4 do artigo 17.º-G do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, quando interpretada no sentido de o parecer do administrador judicial provisório que conclua pela situação de insolvência equivaler, por força do disposto no artigo 28.º – ainda que com as necessárias adaptações –, à apresentação à insolvência por parte do devedor, quando este discorde da sua situação de insolvência”.

- RICHTER, Tomáš / THERY, Adrian, “Guidance note 1: The implementation of preventive restructuring frameworks under EU Directive 2019/1023 – Claims, classes, voting, confirmation and the cross-class cram-down”, *INSOL Europe*, April 2020.
- SERRA, Catarina - “Formação de categorias e aprovação do plano de recuperação no quadro do Processo Especial de Revitalização – Primeiras observações críticas à Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro”, in *O plano de recuperação e resiliência para a justiça económica e a transposição da diretiva 2019/1023, do parlamento europeu e do conselho*, CEJ, *Ebook*, 2021, 14-31.
- “Satisfação dos interesses dos credores no âmbito do PER: são os credores todos iguais?”, *Católica Law Review* 5/2 (2021) 13-43.
- SILVA, Fátima Reis, “As alterações ao Processo Especial de Revitalização: um novo processo?”, in *O plano de recuperação e resiliência para a justiça económica e a transposição da diretiva 2019/1023, do parlamento europeu e do conselho*, CEJ, *Ebook*, 2021, 32-41.

# Modificaciones estructurales y planes de reestructuración

[https://doi.org/10.47907/livro/2023/restrutturacao\\_empresas/parte03\\_2](https://doi.org/10.47907/livro/2023/restrutturacao_empresas/parte03_2)

EDGAR SAIZ AZNAR\*

*Resumen:* El presente artículo analiza, en el marco de los nuevos planes de reestructuración que surgen con motivo de la Ley 16/2022 de reforma del Texto Refundido de Ley Concursal, la figura de las modificaciones estructurales como medida societaria de reestructuración. De igual manera, el trabajo estudia el papel de los socios en los planes de reestructuración, y la tutela de sus derechos. Por último, sistematiza someramente determinada problemática que puede darse en los actos de ejecución de tales acuerdos.

*Palabras Claves:* planes de reestructuración, modificaciones estructurales, derechos del socio minoritario, acuerdos abusivos, actos de ejecución del plan de reestructuración.

*Abstract:* This article is an analysis, within the context of the new restructuring plans that have appeared as a result of Law 16/2022 on the reform of the Consolidated Text of the Insolvency Law, of the figure of structural modifications as a corporate restructuring measure. Likewise, the work studies the role of the shareholders in the restructuring plans, and the protection of their rights. Finally, it briefly systematizes certain problems that may arise in the acts of execution of such agreements.

*Keywords:* restructuring plans, structural modifications, minority shareholder rights, abusive agreements, acts of execution of the restructuring plan.

---

\* Abogado de Andersen. Profesor contratado de Derecho Mercantil – Universidad Internacional de Valencia (VIU).

*Sumario:* I. Introducción. II. Las modificaciones estructurales como medio de reestructuración empresarial. 1. Consideraciones generales. 2. Modificaciones estructurales en fase preconcursal como contenido del plan de reestructuración. 3. Modificaciones estructurales en fase concursal. III. Los socios en los planes de reestructuración. 1. Consideraciones generales. 2. Papel del socio en el plan de reestructuración. 3. Tutela de los derechos del socio minoritario en la aprobación del plan de reestructuración. IV. Problemática en el marco de los actos de ejecución del plan de reestructuración. V. Bibliografía.

## I. Introducción

El pasado 26 de agosto, el Congreso de los Diputados de España aprobó la ya ansiada 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, (en adelante “TRLR”)¹.

La Directiva 2019/1023 (en adelante la “Directiva”), establece claramente un objetivo reestructurador en la fase preconcursal con el objetivo de evitar la insolvencia y limitar la liquidación de las empresas viables². Para ello, crea la figura de los planes de reestructuración, que

---

<sup>1</sup> 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), publicada el 6 de septiembre de 2022, BOE, Serie A, núm. 214.

<sup>2</sup> El art. 2.1.1) de la Directiva define la “reestructuración” como “aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modifi-

ha sido convenientemente recogida en el TRLC en su Título III, artículos 614 y ss<sup>3</sup>, y que sustituye a los anteriores instrumentos preconcursales como los acuerdos de refinanciación.

En el marco de los referidos planes de reestructuración, el presente artículo tiene por objeto llevar a cabo una reflexión de las modificaciones estructurales como medio natural e idóneo de reestructuraciones societarias.

Hablar de reestructuraciones y M&A implica necesariamente hablar de Derecho de Sociedades y Derecho concursal. El Derecho de Sociedades opera en el ámbito de la normalidad, estableciendo el marco regulatorio por el cual las empresas desarrollaban su objeto social. De igual manera, el Derecho Societario proporciona los medios naturales de reestructuración, es decir, el medio natural para reestructurar a la empresa, y principalmente su activo, a través de los diferentes mecanismos que nos brinda, como por ejemplo las modificaciones estructurales.

Sin embargo, el Derecho Concursal o Preconcursal vigente en España hasta el TRLC trataba exclusivamente la regulación de las empresas en crisis, y únicamente recogía medidas para la reestructuración del pasivo mediante soluciones convenidas entre el deudor y los acreedores, como los acuerdos de refinanciación, o la salida del concurso mediante la aprobación de un convenio con los acreedores.

---

cación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos”.

<sup>3</sup> El Preámbulo I del TRLC establece: “En primer lugar, se introducen los denominados planes de reestructuración, un instrumento preconcursal dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla, que posibilita una actuación en un estadio de dificultades previo al de los vigentes instrumentos concursales, sin el estigma asociado al concurso y con características que incrementan su eficacia. Su introducción incentivará una reestructuración más temprana, y por tanto con mayores probabilidades de éxito, y contribuirá a la descongestión de los juzgados y por tanto a una mayor eficiencia del concurso. En efecto, las empresas podrán acogerse a los planes de reestructuración en una situación de probabilidad de insolvencia, previa a la insolvencia inminente que se exige para poder recurrir a los actuales instrumentos. Su introducción lleva aparejada la supresión de los actuales instrumentos concursales. En la regulación de los planes de reestructuración se ha preservado el carácter flexible (poco procedimental) de los acuerdos de refinanciación y se han incorporado elementos que les otorgan mayor eficacia que a estos últimos, como la posibilidad de arrastre de clases disidentes, sujeta al cumplimiento de ciertas salvaguardas para los acreedores, que constituye el núcleo del modelo.”

Por tanto, podemos decir que en España el Derecho de Sociedades y el Derecho Concursal han caminado por separado, o por lo menos no coordinados. No existía un procedimiento combinado que permitiese al deudor en crisis, reestructurar su activo y pasivo de manera conjunta, cuando es obvio que ambos son imprescindibles para satisfacer los objetivos de superación de la crisis y dotar de continuidad a la empresa<sup>4</sup>. Definitivamente no estábamos brindando a los deudores y sus acreedores todas las herramientas posibles para alcanzar un acuerdo. No hay duda de que existen muchas más garantías de poder alcanzar una reestructuración del pasivo, si podemos acompañarla a su vez de medidas que impliquen reestructuración del activo, y todo esto en el marco de un procedimiento regulado.

Esta circunstancia se ve superada con motivo del TRLC, en tanto con los actuales planes de reestructuración, se siembra la base del llamado nuevo Derecho de Reestructuraciones, como una combinación de ambos instrumentos, el derecho societario, y el derecho concursal. Éste va a permitir reestructurar activo y pasivo en un único procedimiento. Además, este Derecho de Reestructuraciones va a permitir superar conflictos de intereses, por un lado aquellos más societarios (de la sociedad, los socios y los administradores), y otros más extra societarios (del deudor y los acreedores) para poder adoptar e incluso imponer a los socios y a los acreedores las medidas que resulten más adecuadas, extendiendo los efectos y legitimando los sacrificios que del plan de reestructuración se puedan derivar, mediante el arrastre de socios y acreedores<sup>5</sup>.

Este nuevo Derecho de Reestructuraciones sin duda va a implicar un gran crecimiento de fusiones, adquisiciones y otros procedimientos de M&A en fase preconcursal, cuyo encaje conviene analizar y queremos poner de manifiesto en el presente trabajo.

De igual manera, en tanto las modificaciones estructurales se incardinan dentro del ámbito societario, y para la adopción y ejecución de éstas en el marco de un plan de reestructuración, va a ser necesario la adopción de acuerdos societarios en el seno de la junta general, vamos a analizar el papel del socio en los planes de reestructuración,

---

<sup>4</sup> Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, «Reestructuraciones, Derecho de Sociedades y Derecho Concursal», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 5 (2022) 15-28, 16.

<sup>5</sup> Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, «Reestructuraciones, Derecho de Sociedades y Derecho Concursal», 19.

destacando principalmente la tutela del socio minoritario como elemento más controvertido. Por último, destacaremos cierta problemática que se puede plantear en el marco de los actos de ejecución de las medidas contenidas en el plan de reestructuración.

## II. Las Modificaciones Estructurales Como Medio de Reestructuración Empresarial

### 1. Consideraciones generales

Las modificaciones estructurales (transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo) son definidas por la propia Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante LME) como “alteraciones de la sociedad que van más allá de las modificaciones estatutarias, para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo”.

A nuestros efectos, nos vamos a centrar en las modificaciones estructurales translativas, es decir, aquellas que afectan a la estructura organizativa y patrimonial de la sociedad, y pueden contribuir a la reestructuración y continuidad empresarial, superando la situación de insolvencia y sus consecuencias, si van acompañadas de una reestructuración del pasivo<sup>6</sup>.

Tres son las operaciones que interesarán principalmente. La fusión, porque supone un instrumento de concentración empresarial, puede constituir una técnica de saneamiento concursal en el marco de los grupos empresariales, donde la sociedad dominante enjuague las deudas de la dominada. La escisión, es una figura que permite adecuar la estructura organizativa y la dimensión a las circunstancias de cada caso. Por ejemplo, puede permitir el desgajamiento de la parte más afectada de la empresa deudora, subsistiendo la sociedad que se escinde y pasando la unidad económica que se desgaja a ser absorbida por otra sociedad saneada interesada en tal unidad productiva. La cesión global

---

<sup>6</sup> Olga AHEDO PEÑA, «Modificaciones estructurales y convenio concursal: especial referencia al proyecto de ley de reforma del texto refundido de la ley concursal», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, 5 (2022) 319-348, 323.

de activo y pasivo es un instrumento de simplificado de liquidación de una sociedad, y un instrumento para llevar a cabo una transmisión en bloque y universal patrimonial, con los beneficios que ello entraña<sup>7</sup>. Por último, la segregación, en la cual se aporte a la sociedad segregada determinados activos que puedan prestarse como garantía a los acreedores, por ejemplo, mediante la pignoración de las participaciones de la sociedad segregada<sup>8</sup>.

## **2. Modificaciones estructurales en fase preconcursal como contenido del plan de reestructuración**

### **i. Cuestiones generales**

Como he indicado, parece que, por fin, con motivo de la transposición de la Directiva, y el surgimiento de los nuevos planes de reestructuración del Libro II del TRLC, tenemos el germen del nuevo Derecho de Reestructuraciones, por cuanto surge un procedimiento unificado, donde se combinan y regulan las normas concursales con las societarias, y nos van a permitir reestructurar pasivo y activo en un solo procedimiento.

En cuanto al contenido del plan de reestructuración, el artículo 614 del TRLC hace suyo el concepto recogido a su vez en la Directiva, y define los planes de reestructuración de una manera muy amplia, incluyendo cualquier modificación del activo y del pasivo, de sus fondos propios, cambios operativos, e incluso la transmisión de la totalidad de la empresa en funcionamiento, mediante los llamados planes liquidativos<sup>9</sup> <sup>10</sup>. Mediante estos planes liquidativo, se faculta a los acreedores,

---

<sup>7</sup> Olga AHEDO PEÑA, «Modificaciones estructurales y convenio concursal», 324.

<sup>8</sup> Por ejemplo, la segregación es un medio idóneo de reestructuración por el cual se puede ceder en garantía de los acreedores las acciones/participaciones de la sociedad segregada, de tal manera que la misma sirva de garantía en las novaciones del pasivo que a su vez recoja el plan de reestructuración.

<sup>9</sup> El artículo 614 del TRLC en concreto establece: “Se considerarán planes de reestructuración los que tengan por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos”.

<sup>10</sup> Por lo tanto, es evidente, que las modificaciones estructurales tienen encaje como medida de reestructuración de la sociedad deudora, bien para garantizar la viabilidad de toda o parte de la sociedad deudora; o para preparar la venta o adquisición por

-si disponen de la correspondiente mayoría, y en situaciones de insolvencia actual o inminente- a efectuar una “ejecución por apropiación” mediante una venta en globo del negocio del deudor, aún en contra de la voluntad de los socios de éste<sup>11</sup>.

El plan de reestructuración puede surgir a iniciativa de los acreedores o del propio deudor, y puede solicitarse su homologación (art. 643 TRLC) desde el momento en que la sociedad se encuentre en situación de probabilidad de insolvencia (art. 636 TRLC). De igual manera, el plan debe aprobarse por la sociedad deudora si existen socios legalmente responsables de las deudas sociales. Si no existen, pero el plan contiene medidas que requieran el acuerdo de la junta general, como sería las modificaciones estructurales, se requiere el acuerdo de la junta general, si bien, se puede homologar aun sin el acuerdo de la junta de socios si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente (art. 640 TRLC).

Los planes de reestructuración dejan de ser un acuerdo entre acreedor y deudor, y pasa a ser un procedimiento negociado, el cual puede ser impuesto por una sola clase de acreedores, e impuesto a las demás, incluso a los propios socios de la entidad como se ha visto (reestructuración forzosa o *coss-class cram down*)<sup>12</sup>. Se sustituye así el consentimiento individual de cada acreedor por el consentimiento colectivo (la regla de la mayoría), lo que sin duda alguna va a generar una mayor controversia y por ende litigiosidad.

Como es lógico, en tanto la insolvencia sea probable<sup>13</sup>, no se les puede imponer a los socios en una fase tan temprana ningún plan de

una tercera empresa de toda o parte de la Sociedad deudora, bien de la propia sociedad, de parte de ella, o de parte de su estructura o activo. Junto con estas reestructuraciones de activo, vamos a poder también reestructurar el pasivo, y por lo tanto es un aliciente para terceros adquirentes, que estén interesados en toda o parte de la empresa deudora, al poder quedarse con toda o parte de una sociedad existente, o nueva sociedad saneada.

<sup>11</sup> Miguel IRIBARREN BLANCO, «Los socios en los planes de reestructuración en la reforma del texto refundido de la ley concursal», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 6 (2022) 97-139, 114.

<sup>12</sup> Es importante tener en cuenta que el arrastre a los socios no podrá producirse cuando la sociedad sea pequeña o mediana empresa conforme lo dispuesto en el art. 682 TRLC. En tal caso se requiere acuerdo adoptado del deudor, y de los socios (art. 684.2 TRLC).

<sup>13</sup> Conforme lo dispuesto en el artículo 584.2 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”.

reestructuración que incida sobre sus intereses y derechos, y que por tanto les afecte. Como acertadamente afirman algunos autores<sup>14</sup>, lo contrario atentaría contra el derecho a la propiedad privada, que la Constitución Española recoge en el artículo 33. Esto pivota con el hecho de que cuan más delicada sea la situación de la sociedad, menos cuidado merecen los derechos de los socios, al considerar que ya no conservan valor (se encuentran *out of the money*), y por lo tanto es necesario tener herramientas que permitan vencer la resistencia de estos de cara a una reestructuración que pueda implicar la viabilidad de la empresa. Por ejemplo, pudiendo imponerles la capitalización de créditos de los acreedores, la transformación o la fusión, desplazando así el poder de decisión en tales casos a los acreedores y/o el órgano de administración de la sociedad deudora. Sobre el papel del socio entraremos a continuación.

La nueva configuración de los institutos concursales abre un abanico de oportunidades de mercado, puesto que por fin existen herramientas para dotar de viabilidad a empresas viables económicamente, pero inviables financieramente, las cuales van a poder, o bien reestructurarse para continuar en solitario, o plantear opciones de venta, fusión, o adquisición en fase concursal de toda la sociedad, o parte del activo, que sin duda puede ser de interés para terceros adquirentes.

En relación con las posibilidades que brinda este instrumento de reestructuración concursal, algunos autores consideran que el modelo plasmado en la Directiva, y en el TRLC es propio del modelo “recapitaliza o entrega”, es decir, que va dirigido a establecer mecanismos de venta del deudor a sus acreedores, derecho de apropiación, mediante la capitalización de sus créditos, y no tanto a la venta a terceros con pago en metálico que luego pueda ser distribuido a sus acreedores<sup>15</sup>. Si bien podemos coincidir con la postura antes expuesta, las modificaciones estructurales, como instrumento de reestructuración propio del derecho societario, pueden facilitar precisamente que se adopten soluciones más imaginativas -si se nos permite la expresión-, e incluso que los socios puedan mantener cierta participación en la empresa reestructurada, aun cuando alguna categoría de mayor prelación se vea obligada

---

<sup>14</sup> Miguel IRIBARREN BLANCO, «Los socios en los planes de reestructuración», 101.

<sup>15</sup> En este sentido, Ignacio BUIL ALDANA, «La necesaria regulación de los planes de reestructuración competidores en el derecho español», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 6 (2022) 143-157, 145.

a aceptar una reducción de sus créditos. El TRLC en su artículo 655.3 permite la excepción de que se asigne valor, o derechos a los socios sin cubrir íntegramente el importe íntegro de los créditos de determinadas clases de acreedores, cuando esto sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente<sup>16</sup>.

## **ii. Documentos e informes de la LME a acompañar a la propuesta de plan de reestructuración**

Expuesto lo anterior, y destacado el interés que las modificaciones estructurales pueden tener en fase preconcursal, conviene poner de manifiesto algunas cuestiones procedimentales que pueden generar dudas a la hora de recoger una modificación estructural como contenido del plan de reestructuración.

La primera de ellas tiene que ver con la necesidad de que el plan de reestructuración recoja los proyectos comunes e informes que marca la LME (art. 30 LME para la fusión, arts. 73.1 y 74 para la escisión y art. 85 para la cesión global de activo y pasivo). El TRLC no indica nada al respecto, si bien entendemos que resultaría aplicable análogicamente el artículo 317 bis con la rúbrica “Propuesta de convenio con modificación estructural”, cuyo apartado 1 solo exige que la propuesta solo vaya firmada por los respectivos representantes con poder suficiente de las entidades intervinientes. El silencio del TRLC en este punto hemos de ponerlo a su vez en correlación con los derechos del socio, y en concreto con los derechos de información.

El artículo 631.3 del TRLC, en lo que respecta a la regulación de las decisiones del socio sobre aprobación del plan establece expresamente que cualquier operación societaria que prevea el plan deberá ajustarse a la legislación societaria aplicable. Esta remisión a la normativa societaria, y pese a que el plan debe ser aprobado o rechazado en junta en su conjunto, y pese a la limitación del orden del día (art. 631.2. 3ª TRLC), no es óbice para que deba ponerse a disposición de los socios los proyectos e informes antes indicados, y con indicación de las específicas

---

<sup>16</sup> Piénsese por ejemplo en la utilidad de una escisión total de la entidad deudora, en la cual, parte de las sociedades escindidas sean vendidas, y en otras mantengan intereses o capital los socios y/o acreedores, pudiendo llevar a cabo soluciones mixtas de reestructuración y liquidación.

medidas u operaciones societarias que se proyectan llevar a cabo. Esto es así porque lo contrario implicaría soslayar el derecho de información del socio, que no dispondría de todos los elementos de juicio que le permitan decidir fundadamente el sentido de su voto.

Esta segunda posición, quizá más garantista con los derechos del socio, parece a su vez la más correcta de cara a ejecutar las operaciones societarias que recoge el plan. Si no se adoptaran los acuerdos de ejecución por la junta general, el artículo 650.2 TRLC establece que “los administradores de la sociedad, y si no lo hicieren, quien designe el juez a propuesta de cualquier acreedor legitimado, tendrá las facultad de precisas para llevar a vado los actos necesarios para su ejecución, así como las modificaciones estatutarias que sean precisas. En estos casos, el auto de homologación será título suficiente para la inscripción en el Registro mercantil de las modificaciones estatutarias contenidas en el plan de reestructuración”. Para que esta delegación pueda ponerse en la práctica, y no toparnos con problemas en la ejecución, parece que cuanto menos deberemos recoger como anexos al plan los elementos esenciales de las operaciones societarias a efectuar.

Esto implica -en un ejercicio de prudencia- llevar anexos al plan los proyectos e informes que recoge la LME, no solo para intentar garantizar los derechos de información del socio, si no para asegurarnos cuanto menos la posibilidad de ejecución de los acuerdos societarios, aun cuando la junta general y/o los administradores no lleven a cabo los pertinentes actos de ejecución. Sobre este aspecto entraremos a continuación.

### **iii. Mecanismos de oposición de los acreedores por la LME**

La segunda cuestión de interés tiene que ver con los mecanismos de oposición de los acreedores. Los artículos 44, 73.1 y 88.2 de la LME establecen los mecanismos de oposición de los acreedores para permitir que se les garantice sus créditos ante una operación de modificación estructural. La duda al respecto es si tales derechos se ven totalmente desactivados por la normativa concursal. En relación con esto, el artículo 399 ter de la TRLC, y en el ámbito del convenio, establece: “En el caso de que el convenio previera la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo los acreedores concursales no tendrán derecho de oposición”. Se recoge por tanto expresamente la exclusión de los derechos de

oposición de los acreedores previstos en la LME para las modificaciones acordadas como contenido del convenio de acreedores.

En cuanto a las modificaciones estructurales como contenido del plan de reestructuración, en el “Proyecto de Ley 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)”, publicado el 14 de enero de 2022, BOCG, Serie A, núm. 84.1, el legislador no estableció salvedad alguna, ni excluyó el derecho de oposición de los acreedores por la LME.

Esta circunstancia se ha visto subsanada con motivo del texto definitivo del TRLC aprobado, donde ahora sí, en el artículo 631.3 TRLC establece: “3...En particular, en el caso de que el plan prevea una modificación estructural, los acreedores a los que afecte el plan no tendrán derecho de oposición”. Se despeja así una duda que parece evidente, y es que, en su caso, los acreedores solo podrán hacer valer sus derechos por los cauces previsto en la TRLC, y en particular por la vía de impugnación de la homologación del artículo 653 TRLC y ss.

### **3. Modificaciones estructurales en fase concursal**

El encaje de las modificaciones estructurales en fase concursal, como contenido del convenio de acreedores, será el último momento en el cual podamos plantear una medida de reestructuración de tal tipo para garantizar la viabilidad de la empresa.

El TRLC introduce un nuevo artículo 317 bis, que establece: “1. En la propuesta de convenio podrá incluirse la fusión, escisión o cesión global de activo o pasivo de la persona jurídica concursada. En ese caso la propuesta deberá ser firmada, además, por los respectivos representantes, con poder suficiente, de la entidad o entidades que sean parte en cualquiera de esas modificaciones estructurales”.

La posibilidad de que el convenio contenga modificaciones estructurales es algo que ya se contemplaba en la antigua Ley Concursal (en

adelante “LC”), en sus artículos 100.3 y 190.2 LC. La problemática en torno a las mismas era que la LC y con posterioridad el Texto Refundido de la Ley Concursal no regulaban la ejecución de tales operaciones. Esa circunstancia devino en problemas, y poca confianza en su aplicación práctica, que fueron solventados mediante dispares pronunciamientos judiciales<sup>17</sup>.

Algunas de tales cuestiones han sido objeto de aclaración y regulación en el TRLC. La primera de ellas tiene que ver con las modificaciones estructurales que puede contener el convenio. El artículo 317 bis del TRLC define claramente que solo aquellas modificaciones traslativas, es decir, la fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo pueden ser objeto del convenio. La segunda de ellas tiene que ver con quien tiene que firmar en tal caso el convenio. El citado artículo concreta expresamente que, en tal caso, la propuesta deberá ser firmada además por los representantes con poder suficiente de las entidades afectadas por la modificación estructural<sup>18</sup>.

Especial mención merece también el apartado segundo del artículo 317 bis, cuando establece que: “2. En ningún caso la sociedad absorbente, la nueva sociedad, las sociedades beneficiarias de la escisión o la sociedad cesionaria pueden llegar a tener un patrimonio neto negativo como consecuencia de la modificación estructural”. Esta previsión -que no tiene su reflejo en las modificaciones estructurales como contenido del plan de reestructuración- se constituye como garantía de los acreedores, ya que como hemos expuesto en el apartado anterior, el régimen de oposición ex. artículo 44 LME se desactiva.

### III. Los Socios en los Planes de Reestructuración

#### 1. Consideraciones generales

El principal objetivo de la Directiva fue establecer un marco normativo uniforme donde “las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales

---

<sup>17</sup> Olga AHEDO PEÑA, «Modificaciones estructurales y convenio concursal», 333.

<sup>18</sup> Esta exigencia es plenamente coherente con lo dispuesto en el artículo 316 TRLC cuando dice: “1. La propuesta de convenio se formulará por escrito y estará firmada por el deudor o por todos los acreedores proponentes, o por sus respectivos representantes con poder suficiente”.

efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad” (considerando núm. 1). En el marco de este objetivo, una de las preocupaciones de la Directiva era resolver el problema de obstrucción de los socios o *holdout*, de tal manera que estos, cuando sus acciones o participaciones ya no tengan valor (los socios se encuentran *out-of-the-money*) no puedan bloquear o rechazar en junta general los acuerdos societarios oportunos que permitan aprobar el plan de reestructuración<sup>19</sup>.

Este nuevo paradigma en el papel del socio, que surge con motivo de la Directiva en virtud del cual pueden verse incluso forzados a reestructurar, da lugar a que se deba prestar especial mención al estatuto del socio de entidades en dificultades financieras<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> El considerando 57 de la Directiva en este punto estableció: “Si bien deben estar protegidos los intereses legítimos de otros accionistas o tenedores de participaciones, los Estados miembros deben garantizar que no puedan impedir injustificadamente la adopción de planes de reestructuración que permitirían que el deudor recuperase su viabilidad. Los Estados miembros deben poder utilizar distintos medios para lograr ese objetivo, por ejemplo, no concediendo a los tenedores de participaciones derecho de voto en relación con un plan de reestructuración y no supeditando la adopción de un plan de reestructuración al acuerdo de aquellos tenedores de participaciones que, sobre la base de una valoración de la empresa, no recibirían ningún pago ni ninguna otra retribución si se aplicara el orden normal de prelación en la liquidación. No obstante, en caso de que los tenedores de participaciones tengan derecho de voto en relación con un plan de reestructuración, la autoridad judicial o administrativa debe poder confirmar el plan aplicando las normas de reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías no obstante la oposición de una o más categorías de tenedores de participaciones. Los Estados miembros que excluyan a los tenedores de participaciones de las votaciones no deben estar obligados a aplicar la regla de prelación absoluta en la relación entre acreedores y tenedores de participaciones. Otro método posible de garantizar que los tenedores de participaciones no impidan injustificadamente la adopción de planes de reestructuración sería garantizando que las medidas de reestructuración que afecten directamente a los derechos de los tenedores de participaciones y que necesitan la aprobación de la junta general de accionistas con arreglo al Derecho societario no estén sometidas a requisitos de mayorías injustificadamente altas y que los tenedores de participaciones no tengan competencias en términos de las medidas de reestructuración que no afecten directamente a sus derechos”.

<sup>20</sup> Sobre este tema se han referido recientemente autores como Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, «Reestructuraciones, Derecho de Sociedades y Derecho Concursal», 15. Comienza a hablarse también en la doctrina de un Derecho societario preconcursal: Luís FERNÁNDEZ DEL POZO, “La tutela de los socios frente a los planes de reestructuración preventiva de su sociedad. Hacia un derecho societario preconcursal”, *La Ley Mercantil* 88 (2022).

Dos son las cuestiones que merecen especial atención en lo que respecta al papel del socio en los planes de reestructuración. La primera de ellas tiene que ver con el posible conflicto entre socios y acreedores, y el segundo el que tiene que ver con el papel de los socios minoritarios y su tutela por las actuaciones de la mayoría.

## 2. Papel del socio en el plan de reestructuración

La Directiva preveía tres medios por los cuales los legisladores podían optar para evitar el bloqueo de los socios. El primero de ellos autorizaba expresamente a los Estados a excluir de derecho de voto a los socios. La segunda de ellas consistía en situar a los socios como una clase más de acreedores, reconociéndoles el derecho a votar el plan de reestructuración, con la posibilidad de ser objeto de arrastre (*cram-down*) si el plan cuenta con el voto de las demás categorías de acreedores en los términos expuesto en la Directiva. La tercera opción es la escogida por el legislador español, y consiste en no desplazar totalmente el Derecho de Sociedades, manteniendo las competencias de la junta general, y, por tanto, el voto de los socios en el seno de esta para la aprobación de aquellos acuerdos que les afecten, o que contengan medidas que requieran (conforme la normativa societaria) su voto. Si bien, la Directiva exige introducir medidas para evitar que los socios obstaculicen injustificadamente la adopción del plan<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Esta posibilidad se recoge en el Considerando 96 de la Directiva cuando establece: “Los Estados miembros no deben estar obligados a establecer excepciones a las disposiciones del Derecho de sociedades, total o parcialmente, durante un período indefinido o determinado, si se garantiza que sus requisitos de Derecho de sociedades no ponen en peligro la efectividad del proceso de reestructuración o si los Estados miembros disponen de otros instrumentos igualmente eficaces para garantizar que los accionistas no impidan injustificadamente la adopción o la ejecución de un plan de reestructuración que permita restablecer la viabilidad de la empresa. En este contexto, los Estados miembros deben conceder una importancia particular a la eficacia de las disposiciones relativas a la suspensión de las ejecuciones singulares y la confirmación de que el plan de reestructuración no debe verse indebidamente perjudicado por las convocatorias o los resultados de las juntas generales de accionistas. Procede modificar, por tanto, la Directiva (UE) 2017/1132 en consecuencia. Los Estados miembros deben disponer de un margen de apreciación para determinar qué excepciones son necesarias en el contexto del Derecho de sociedades nacional para aplicar de manera efectiva la presente Directiva y también deben poder establecer excepciones similares por lo que respecta a la Directiva (UE) 2017/1132 en el caso de procedimientos de insolvencia no cubiertos por la presente Directiva que permitan tomar medidas de reestructuración”.

Así pues, el TRLC en su artículo 631 establece que la decisión de los socios será necesaria si el plan contiene medidas que requieran de su acuerdo, y que éste se adoptará conforme las reglas del Derecho Societario, es decir, se votará en junta general, pero con las especialidades previstas en el citado artículo que hacen referencia principalmente a la convocatoria, quorum y mayorías para la adopción de los acuerdos e impugnación.

Algunos autores consideran que el hecho de que el legislador haya mantenido la aplicación del Derecho Societario es relevante, en tanto implica que no solo la sustancia económica de los socios puede ser objeto de tutela, sino también la política<sup>22</sup>. El artículo 631.3 TRLC establece que “Salvo por lo que respecta a la formación de la voluntad social de conformidad con lo previsto en este artículo y a la protección de los acreedores, *cualquier operación societaria que prevea el plan deberá ajustarse a la legislación societaria aplicable*”.

Esta cita de la legislación societaria puede ser interpretada desde un punto de vista exclusivamente formal, o también material<sup>23</sup>. La diferencia es sustancial. Si consideramos que la remisión a la aplicación societaria que hace el legislador lo es exclusivamente desde un punto de vista formal, entendida exclusivamente como que las medidas incluidas en el plan han de ser las contempladas en dicha legislación, los derechos de los socios quedarían mermados o reducidos de tal manera que solo dispondrían las de las vías y causas de impugnación previstas en el artículo 656 TRLC, desactivándose las vías de tutela propias de la LSC. Es por este motivo por el que somos partidarios con la parte de la doctrina que viene considerando que tal remisión debe entenderse también desde un punto de vista material, de tal manera que también resulten aplicables los instrumentos y garantías del Derecho de Sociedades.

La aplicación del Derecho Societario sirve como medio de protección, principalmente, del socio minoritario. El mayoritario tendrá la facultad de rechazar el plan si lo considera, pero en tal caso, no podemos olvidar que los acreedores podrán instar una “ejecución por apropiación”, es decir, en supuestos de insolvencia actual e inminente

---

<sup>22</sup> Miguel IRIBARREN BLANCO, «Los socios en los planes de reestructuración», 108.

<sup>23</sup> Miguel IRIBARREN BLANCO, «Los socios en los planes de reestructuración», 105.

(art. 640 TRLC), con las mayorías del artículo 629 TRLC, los acreedores pueden imponer a los socios el plan de reestructuración. Entre otras medidas, la más común será que los acreedores impongan la capitalización de sus créditos quedándose por tanto con el negocio, y en su caso el excedente o prima asociado a la reestructuración (*going concern*)<sup>24</sup>.

Esta posibilidad de ejecución colectiva de los acreedores sobre el negocio, que afecta tanto a mayoritarios como minoritarios, se ha visto reforzado y posibilitada en la versión final de la TRLC, por cuanto se ha añadido el apartado cuarto del artículo 631 que establece:

“4. Cuando se solicite la homologación de un plan de reestructuración en estado de insolvencia actual o inminente de la sociedad deudora, los socios no tendrán derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones o en la asunción de las nuevas participaciones, en particular cuando el plan prevea una reducción del capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal y simultáneamente el aumento del capital”<sup>25</sup>.

Esta exclusión legal del derecho de preferencia supone una merma importante de los derechos de los socios, ya que el derecho de preferencia se podía entender como el último reducto y herramienta de los socios de mantener cierto valor en la sociedad reestructurada si ejercían total o parcialmente tal derecho<sup>26</sup>. Es evidente que en una situación de insolvencia actual e inminente se modifican las reglas de gobierno

---

<sup>24</sup> FRANCISCO GARCIMARTIN ALFÉREZ, «El conflicto socios-creedores en la reestructuración preconcursal: ‘recapitaliza o entrega’, 2021.

<sup>25</sup> El referido apartado cuarto del artículo 631 se introdujo con motivo de la admisión de la enmienda 536 presentada al Congreso por el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem Galicia en Común.

<sup>26</sup> En este punto no podemos perder de vista que conforme la doctrina de la doctrina sentada por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública entre otras, en su resolución de 7 de febrero de 2020(en adelante “RDGSJFP”), el derecho de suscripción preferente del 304 LSC no opera en las ampliaciones de capital por compensación de deudas, y solo en la ampliación de capital contra aportaciones dinerarias. Si bien esta interpretación es muy discutida en la doctrina, por lo que parece que el legislador, en aras a evitar dudas interpretativas, ha optado por excluirlo directamente. Esta calificación seguida por la RDGSJFP apoya su argumentación en la doctrina registral previa de las RDGRN, núm. 2928/2012, de 4 febrero, núm. 2931/2012, de 6 febrero, y núm. 11372/2015, de 2 octubre (TOL5.536.234). También sostienen esta calificación las RDGRN de 15 de febrero y 30 de noviembre de 2012 (F.D 3º), así como la RDGRN de 13 de junio de 2016 (TOL5.788.022), (F.D 3º).

sobre el patrimonio social que se ven trasladadas de la mayoría del capital social, a los acreedores, al haberse quedado los socios sin valor. Algunos autores han llamado “nuevos dueños financieros”<sup>27</sup>.

Esta desactivación del derecho de preferencia de los socios en situación de insolvencia actual e inminente se ha configurado, y guarda coherencia con la Directiva, como un revulsivo para forzar a los socios a que reestructuren en una fase más temprana de probabilidad de insolvencia, al ser este el momento idóneo, donde la empresa conserva valor.

Si bien lo anterior es cierto, no podemos olvidar que habitualmente va a ser el socio mayoritario -que habitualmente va a tener el control de la administración- el que lleve la iniciativa negociadora con los acreedores, y el que conoce la verdadera situación financiera de la sociedad en la mayoría de los casos. Por lo que, si éste decide u obvia negociar en esta fase temprana, el socio minoritario se va a encontrar con la imposibilidad -sin culpa porque no ha sido llamado a negociar e incluso desconocía la situación real de la compañía- de ejercitar sus correspondientes derechos de preferencia en un consiguiente plan de reestructuración. Se pueden dar circunstancias de abuso de la mayoría, por lo que entendemos que el mantenimiento de los derechos de suscripción preferente por lo menos en las ampliaciones de capital con cargo a aportaciones dinerarias habría sido lo más conveniente.

### **3. Tutela de los derechos del socio minoritario en la aprobación del plan de reestructuración**

La tutela del socio va a depender en función de si el plan es consensual o no consensual<sup>28</sup>. Si el plan es no consensual deberemos ceñirnos a las causas de impugnación del auto de homologación previstas en el artículo 656 TRLC. Si el plan es consensual, es decir ha sido aprobado por los socios, la minoría disidente deberá hacer valer y tutelar sus derechos por las vías del derecho societario mediante la impugnación del acuerdo de la junta que apruebe el plan conforme lo dispuesto en el artículo 631.2 5ª TRLC.

---

<sup>27</sup> FRANCISCO GARCIMARTIN ALFÉREZ, «El conflicto socios-creedores en la reestructuración preconcursal».

<sup>28</sup> Se entiende por plan consensual el plan aprobado por los socios, y no consensual el no aprobado por los socios.

El legislador no ha reconocido legitimación para impugnar el auto de homologación del plan por las vías del artículo 656 TRLC <sup>29</sup>, circunscribiéndose las referidas causas para los planes no aprobados por los socios. Esta exclusión de legitimación, sin embargo, consideramos que no es óbice a que puedan hacer valer tales causas de oposición por los cauces del derecho societario, en particular, por la impugnación de acuerdos del 204 LSC.

El socio minoritario que ha visto aprobado plan por la mayoría podrá principalmente impugnar el acuerdo de junta general de aprobación del plan por los siguientes motivos:

- 1) Que el plan no respete el principio de igualdad de trato entre los socios, de tal manera que el mismo pueda considerarse abusivo a la luz del artículo 204 LSC. El acuerdo de junta será abusivo cuando se cumplan las tres condiciones propias de tales acuerdos, esto es, que se imponga por la mayoría; que perjudique a la minoría; que no encuentre justificación en una necesidad razonable de la sociedad. Este último requisito es el que quizá más difícil sea de apreciar. Si el plan de reestructuración, aun tratando a los socios de forma desigual, es valioso, en tanto existe excedente asociado a la reestructuración, y las medidas que recogen son adecuadas y proporcionadas para garantizar la viabilidad de toda o parte de la sociedad, entenderíamos que no podría considerarse abusivo. También consideramos que podría considerarse abusivo cualquier acuerdo de aprobación de un plan de reestructuración si la sociedad no se encuentra en

---

<sup>29</sup> El artículo 656 TRLC establece: “Impugnación del auto de homologación del plan no aprobado por los socios. 1. Cuando los socios de la sociedad deudora no hayan aprobado el plan de reestructuración, podrán impugnar el auto de homologación por cualquiera de los siguientes motivos:

1.º Que el plan no cumpla los requisitos de contenido y de forma que se exigen en el capítulo IV de este título.

2.º Que no haya sido aprobado de conformidad con lo previsto en el capítulo IV de este título.

3.º Que el deudor no se encontrara en estado de insolvencia actual o de insolvencia inminente.

4.º Que el plan no ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo.

5.º Que una clase de acreedores afectados vaya a recibir, como consecuencia del cumplimiento del plan, derechos, acciones o participaciones, con un valor superior al importe de sus créditos.”

- ninguno de los tres estadios de la insolvencia, o el plan no es adecuado para evitar el concurso y asegurar la viabilidad.
- 2) Que no se respete el interés superior de los socios a su hipotética cuota de liquidación. El legislador en la TRLC no ha considerado recoger tal premisa, como sí que lo ha hecho con los acreedores<sup>30</sup>. Entendemos que un plan de reestructuración que perjudique a los socios por cuanto no les garantice al menos el valor que recibirían en caso de liquidación concursal, sería contrario a la legislación societaria, y cabría su alegación como motivo de impugnación<sup>31</sup>.
  - 3) Por último, que el plan de reestructuración haya sido aprobado en concurrencia de alguna o algunas causas del 656.1 del TRLC. Las causas del referido artículo solo se contemplan como hemos dicho para los planes de reestructuración no aprobados por los socios, si bien, no vemos inconveniente a que las

---

<sup>30</sup> El interés superior de los acreedores recogido en el artículo 654.7º TRLC establece: “7.º Que el plan no supere la prueba del interés superior de los acreedores. Se considerará que el plan no supera esta prueba cuando sus créditos se vean perjudicados por el plan de reestructuración en comparación con su situación en caso de liquidación concursal de los bienes del deudor, individualmente o como unidad productiva. A los efectos de comprobar la satisfacción de esta prueba, se comparará el valor de lo que reciban conforme al plan de reestructuración con el valor de lo que pueda razonablemente presumirse que hubiesen recibido en caso de liquidación concursal. Para calcular este último valor, se considerará que el pago de la cuota de liquidación tiene lugar a los dos años de la formalización del plan”.

<sup>31</sup> En parecido sentido, Juana PULGAR EZQUERRA (“El papel de los socios en reestructuraciones de empresas en crisis y la proyectada reforma del Texto refundido concursal”, *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid* 102 (2022) 50-57): “Es importante destacar que en el marco de la impugnación por lesión al interés social (art. 204.1 TRLS), se produciría una implícita recepción en sede societaria de la salvaguarda preconcursal de protección individual de acreedores afectados a través del test del mejor interés de los acreedores (*Best interest creditors test*). Y es que en este marco uno de los argumentos fundamentales para que el minoritario pruebe que el acuerdo de junta favorable a la reestructuración es contrario al interés social, será que no se ha respetado su cuota mínima de liquidación y que está siendo peor tratado en el marco del plan de reestructuración de lo que lo sería en un escenario de liquidación concursal y por tanto no tendría sentido que la junta adopte —sin una necesidad razonable de la sociedad un plan que les perjudica como socios (por ejemplo conversión de deuda en capital que les coloca en una situación peor de la que tendrían en un eventual escenario de liquidación concursal)”. También Alberto DÍAZ MORENO, se refiere a ello: *El papel de los socios de la sociedad de capital deudora en la aprobación y homologación de los planes de reestructuración*, 2022.

mismas puedan ser a su vez causa de impugnación del acuerdo de junta general de aprobación del plan, bien por abusivo o bien por infracción legal. Por ejemplo, la infracción de la regla de la prioridad absoluta, que establece que ningún acreedor a consecuencia del plan reciba más derechos, acciones o participaciones por un importe superior al de sus créditos sería un supuesto claro de acuerdo abusivo.

En tanto no se reconoce legitimación a la minoría disidente para impugnar el plan, las anteriores causas de impugnación deberán canalizarse vía infracción de la legislación societaria mediante la impugnación del acuerdo de junta general de aprobación del plan. En tal caso, conforme lo dispuesto en el artículo 631.5ª del TRLC, tal acción de impugnación se deberá entablar en el plazo de impugnación del plan, ante el juez del concurso, y se tramitará como cuestión incidental de previo pronunciamiento acumulándose a las oposiciones u impugnaciones del plan por parte de los acreedores. La estimación de la acción implicaría que se anulara la junta general, por lo que el plan pasaría a considerarse no consensual justificando ahora sí la oposición o impugnación del auto por los socios que hubieran votado en contra (ex art. 656.2 del TRLC) sin distinción de mayoría o minoría<sup>32</sup>.

#### **IV. Problemática en el Marco de los Actos de Ejecución del Plan de Reestructuración**

Otra de las cuestiones que van a afectar en el marco de las modificaciones estructurales ejecutadas al amparo de un plan de reestructuración son los actos de ejecución societarios propios de este tipo de operaciones.

Como hemos expuesto con anterioridad, parece que cuanto menos, al plan de reestructuración deberá acompañarse los informes, anexos, y en su caso borradores de acuerdos de junta necesarios para la válida aprobación del plan, para dar así respeto a los derechos de información de los socios, que necesitarán la información para la válida conformación de su sentido del voto. Si bien, en la mayor parte de

---

<sup>32</sup> Miguel IRIBARREN BLANCO, «Los socios en los planes de reestructuración», 134.

supuestos, y en especial en operaciones complejas de modificaciones estructurales<sup>33</sup>, parece que lo razonable será que la ejecución tenga lugar con posterioridad<sup>34</sup>.

En este punto, el artículo 650.2 TRLC faculta a los administradores sociales, y si no lo hicieren estos, a quien designe el juez a propuesta de cualquier acreedor legitimado a “llevar a cabo los actos necesarios para su ejecución, así como para las modificaciones estatutarias que sean precisas”. En tal el precepto establece que el auto de homologación será título suficiente para la inscripción de los acuerdos en el Registro Mercantil. Esta previsión legal deberá ser suficiente para superar los requisitos exigidos en sede registral por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

## Bibliografía

- AHEDO PEÑA, Olga, «Modificaciones estructurales y convenio concursal: especial referencia al proyecto de ley de reforma del texto refundido de la ley concursal», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 5 (2022) 319-348.
- BUIL ALDANA, Ignacio, «La necesaria regulación de los planes de reestructuración competidores en el derecho español», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 6 (2022) 143-157.
- DIAZ MORENO, Alberto, «El papel de los socios de la sociedad de capital deudora en la aprobación y homologación de los planes de reestructuración», GA\_P 2022, disponible en < [https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/04/Participacion\\_socios\\_planes\\_reestructuracion.pdf](https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/04/Participacion_socios_planes_reestructuracion.pdf)>, consultado el 12 de septiembre de 2022).

---

<sup>33</sup> Por ejemplo, en las fusiones, será recurrente que vayan vinculadas a la aprobación por parte de terceros -la empresa adquirente- de determinados acuerdos. Lo habitual será que la aprobación de los documentos propios de la operación como el proyecto de fusión, y los pertinentes acuerdos societarios aprobándola, estarán supeditados a la previa aprobación del plan de reestructuración en sede de la deudora, por lo que lo mucho que se conseguirá será una carta de intenciones de la empresa adquirente, la cual, en la práctica lo normal sería que supeditará la eficacia y obligatoriedad de ésta a la aprobación del plan.

<sup>34</sup> Javier JUSTE MENCÍA, «La junta de socios y los planes de reestructuración en el derecho proyectado», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 6 (2022) 45-63, 54.

- FERNANDEZ DEL POZO, Luis, «La tutela de los socios frente a los planes de reestructuración preventiva de su sociedad. Hacia un derecho societario preconcursal», *La Ley Mercantil* 88 (2022).
- GARCIMARTIN ALFÉREZ, FRANCISCO, «Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración del Libro II del anteproyecto (y las novedades en el Libro IV)», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 47-84.
- «El conflicto socios-acreedores en la reestructuración preconcursal: ‘recapitaliza o entrega’, 2021. (Consultado el 5 de septiembre de 2022). Disponible en <<https://almacenederecho.org/el-conflicto-socios-acreedores-en-la-reestructuracion-preconcursal-recapitaliza-o-entrega>>, consultado el 5 de septiembre de 2022.
- «Algunas reflexiones sobre el derecho preconcursal», *La Ley Mercantil* 70 (2020).
- PULGAR EZQUERRA, Juana, «Reestructuraciones preconcursales forzadas: el mejor interés de los acreedores», RDM 323 (2022).
- «El papel de los socios en reestructuraciones de empresas en crisis y la proyectada reforma del Texto refundido concursal», *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid* 102 (2022) 50-57.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis, «Vías de protección del crédito y clases de acreedores en las modificaciones estructurales transfronterizas intracomunitarias», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 4 (2021) 109-159.
- IRIBARREN BLANCO, Miguel, «Los socios en los planes de reestructuración en la reforma del texto refundido de la ley concursal», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 6 (2022) 97-139.
- JUSTE MENCÍA, Javier, «La junta de socios y los planes de reestructuración en el derecho proyectado», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 6 (2022) 45-63.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, «Reestructuraciones, Derecho de Sociedades y Derecho Concursal» *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 5 (2022) 15-28.

---

**PARTE IV**

---

**DEVERES DOS  
ADMINISTRADORES  
ANTES DA INSOLVÊNCIA**

**DEBERES DE  
LOS ADMINISTRADORES  
ANTES DE LA INSOLVENCIA**



# Deveres dos administradores antes da insolvência

✉ [https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao\\_empresas/parte04\\_1](https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte04_1)

J. M. COUTINHO DE ABREU\*

*Resumo:* Resulta da Diretiva sobre reestruturação e insolvência o dever de os administradores evitarem a insolvência quando existe a probabilidade de esta suceder. Será necessário ou conveniente que o legislador português transponha as disposições respetivas?

*Palavras-chave:* probabilidade de insolvência; interesses dos sócios e credores; dever de evitar a insolvência

*Abstract:* The Restructuring and Insolvency Directive imposes a duty on directors to avoid insolvency when there is a probability for it to occur. Is it necessary or appropriate for the Portuguese legislator to transpose the respective provisions?

*Keywords:* probability of insolvency; interests of shareholders and creditors; duty to avoid insolvency

O tema convoca o artigo 19.º da Diretiva (UE) 2019/1023, de 20 de junho de 2019 (sobre reestruturação e insolvência), que, sob a epígrafe «Obrigações dos administradores caso exista uma probabilidade de insolvência», diz assim: «Os Estados-Membros asseguram que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os administradores tenham em devida conta, pelo menos, os seguintes aspetos: /a) Os interesses dos credores, dos detentores de participações e das outras partes interessadas; /b) A necessidade de tomar medidas para evitar a insolvência; e /c) A necessidade de evitar uma conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa.»

Sobre este preceito tive já oportunidade de escrever «Administradores e (novo?) dever geral de prevenção da insolvência» em *V Congresso*

---

\* Prof. Catedrático, Univ Coimbra, IJ, FDUC.

*de Direito da Insolvência* (coord. Catarina Serra), Coimbra: Almedina, 2019, 229-235. Por isso, o que a seguir direi é no essencial um exercício breve de rememoração, e seguindo a par e passo o que disse em 3 de junho de 2022 no Congresso Luso-Espanhol «A Transposição da Diretiva 2019/1023».

Antes, porém, quero lembrar que, depois daquele escrito, outros foram publicados em Portugal sobre o mesmo assunto: Alexandre de Soveral Martins, *Administradores de sociedades anónimas e responsabilidade dos administradores*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 339-350, Catarina Serra, «O dever de prevenção da insolvência na perspectiva dos deveres fundamentais dos administradores (a crescente encruzilhada do direito das sociedades e do direito da insolvência)», em *Diálogos com Coutinho de Abreu – Estudos oferecidos no aniversário do Professor* (organ. A. Soveral Martins, P. Tarso Domingues, Carolina Cunha, M. Elisabete Ramos, Ricardo Costa, Rui P. Dias), Coimbra: Almedina, 2020, p. 167-192; José Gonçalves Machado, «A responsabilidade civil dos gestores na pré-insolvência à luz da Diretiva 2019/1023/EU», em <www.revistadedireitocomercial.com> (2022-02-15), p. 343-410.

## 1. Probabilidade de insolvência

Esta expressão, que aparece na epígrafe e no corpo do artigo 19.º da Diretiva, abrangerá no direito português tanto a insolvência iminente (cfr. o artigo 3.º, 4, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas: CIRE) – situação em que se antevê como previsível que o devedor não terá meios para cumprir a generalidade das suas obrigações no momento em que se vençam – como a situação económica difícil (artigo 17.º-B do CIRE).

As fronteiras entre uma e outra situação são imprecisas. Mas em ambas há probabilidade, maior ou menor, mais ou menos eminente, de queda em situação de insolvência. Aliás, quer a situação económica difícil, quer a insolvência iminente são pressupostos para procedimentos de reestruturação empresarial como o PER (Processo Especial de Revitalização) e o RERE (Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas). E a Diretiva ocupa-se centralmente da «reestruturação preventiva».

## 2. Alínea b) do artigo 19.º

**2.1.** Significa ela que os administradores têm a obrigação ou dever de tomar medidas especificamente dirigidas à evitação da insolvência; devem iniciar diligências consideradas adequadas a esse fim.

Exemplos vários aparecem no considerando (70) da Diretiva: «procurar aconselhamento profissional, inclusive em matéria de reestruturação e insolvência, por exemplo recorrendo aos instrumentos de alerta precoce, se for caso disso; proteger o ativo da sociedade, de modo a maximizar o valor e evitar a perda de ativos essenciais; tomar em consideração a estrutura e as funções da empresa, a fim de analisar a sua viabilidade e reduzir as despesas; não obrigar a sociedade a tipos de transações suscetíveis de serem objeto de ações de impugnação pauliana, exceto se tal se justificar do ponto de vista empresarial; prosseguir a atividade, caso tal seja adequado a fim de maximizar o valor da empresa em atividade; estabelecer negociações com os credores e iniciar o processo de reestruturação preventiva».

**2.2.** Os administradores não devem, portanto, continuar a gerir rotineiramente. A situação exige gestão inovadora, adoção de medidas extraordinárias.

Nem devem, no caso de insolvência iminente, pedir a declaração judicial de insolvência da sociedade (faculdade em geral admitida: artigos 3.º, 4.º, 19.º do CIRE) quando esta seja reestruturável-viável. Isso não seria (tentar) evitar a insolvência, antes fazer com que ela fosse declarada e sujeitar a sociedade ao regime respetivo. Ainda que, no processo de insolvência, os administradores requeressem um plano de insolvência/recuperação, este deixaria de depender da sociedade (e seus administradores); aos credores, em exclusivo, competiria admitir ou não o plano, e o conteúdo dele não resultaria de um processo negocial entre a sociedade (representada pelos administradores) e os credores.

**3.** Diz-se às vezes que, em Portugal, o dever de evitar a insolvência já resulta do artigo 64.º do CSC (Código das Sociedades Comerciais) e do artigo 186.º do CIRE.

Porém, os deveres gerais de cuidado e de lealdade do artigo 64.º do CSC têm em mira o curso normal do processo empresarial e,

fundamentalmente, os interesses dos sócios; e os deveres de lealdade e de cuidado do artigo 186.º do CIRE são no essencial de conteúdo negativo (prescrevem o que não fazer).

Diversamente, o dever de evitar a insolvência é um dever (de conteúdo) positivo, que impõe a adoção de medidas adequadas ao saneamento da empresa quando exista uma probabilidade de a sociedade cair em situação insolvencial, com vista à salvaguarda dos interesses dos credores sociais, dos sócios e de outros *stakeholders*.

4. Diz-se também que nesta matéria é aplicável a *business judgment rule* (cfr. o artigo 72.º, 2, do csc).

Mas o dever de tentar evitar a insolvência é um dever vinculado, não admite discricionariedade ou liberdade de escolha entre nada fazer para prevenir a insolvência ou fazer algo que a evite, entre fazer alguma coisa que previsivelmente não evita a insolvência ou fazer algo que previsivelmente a evita.

Contudo, a regra já será aplicável quanto à escolha entre as diversas diligências racionalmente adotáveis para prevenir a insolvência – apesar de uma medida adotada não ter tido êxito, fez-se alguma coisa que, à partida, parecia razoável para evitar o desfecho insolvencial.

## 5. Alínea a) do artigo 19.º

5.1. Nas decisões sobre as medidas a adotar para evitar a insolvência, devem os administradores ter em conta «os interesses dos credores, dos detentores de participações e das outras partes interessadas».

5.2. Também foi dito que isso mesmo resulta já do artigo 64.º, 1, b), do csc.

Todavia, neste preceito os interesses dos sócios são os prevalecentes. Não só por aparecerem indicados em primeiro lugar, antecédidos de «atendendo», mas sobretudo porque são os sócios que, diferentemente dos credores, trabalhadores, etc., dispõem, na sistemática do Código, dos instrumentos necessários para fazer com que os administradores prossigam esses interesses: são os sócios que designam e destituem os administradores, e têm legitimidade para propor ações de responsabilidade civil contra os administradores. Poderes que os credores, trabalhadores, etc. não possuem – inclusive no âmbito das

ações de responsabilidade civil, vem-se entendendo que o artigo 64.º, 1, *b*), não é norma de proteção dos mesmos.

**5.3.** Na Diretiva, os interesses dos vários sujeitos interessados aparecem no mesmo plano. E, apesar de no considerando (71) ser dito que a Diretiva não visa estabelecer qualquer hierarquia entre as diversas partes cujos interesses têm de ser tomados em devida conta, facto é que os credores são mencionados em primeiro lugar. Mas mais: a Diretiva, a fim de facilitar a adoção de medidas prevenindo a insolvência, aditou no artigo 84.º da Diretiva codificadora em matéria de direito das sociedades (Diretiva 2017/1132) um preceito permitindo a derrogação de direitos dos sócios quando tal seja necessário para o estabelecimento dos regimes jurídicos de reestruturação preventiva.

Não significa isto um *shift of duties*? Mesmo que se entenda não haver na Diretiva uma relativa prevalência dos interesses dos credores, a identidade hierárquica ou de valor não será já um *shift* (relativamente à conceção tradicional)?

**5.4.** E justifica-se, na verdade, que em situação de probabilidade de insolvência prevaleçam os interesses dos credores. Porquanto o risco maior impende sobre os credores sociais. Agora (como antes), os sócios não têm direito à restituição das entradas ou do investimento feito na aquisição das participações sociais, nem têm direito (atual ou concreto) a lucros (inexistentes). Ao invés, os credores têm direito a que a sociedade satisfaça os seus créditos; se ela, no estado crítico atual, pode já não ter património suficiente para cumprir integralmente as suas obrigações, menos terá depois, previsivelmente, se os administradores, não estando obrigados a tentar a recuperação (viável), continuarem a atuar exclusiva ou preferencialmente no interesse dos sócios. Com isto pretendo também assinalar uma certa contraposição entre direitos e interesses.

**6.** O legislador português não procedeu a uma transposição explícita das disposições das alíneas *a*) e *b*) da Diretiva. Indeidamente, penso.

**6.1.** Resta interpretar o artigo 64.º, 1, do CSC em conformidade com aquelas disposições.

**6.2.** Resultará desta interpretação que a violação do dever de tomar medidas para evitar a insolvência habilita os credores, trabalhadores, etc. a ações de responsabilidade civil contra os administradores por se entender que o artigo 64.º, 1, passa a valer como norma legal de tutela de interesses daqueles sujeitos nas situações de probabilidade de insolvência?...

# La transposición de la Directiva 2019/1023 y su influencia en el estatuto jurídico del administrador en la crisis en España

[https://doi.org/10.47907/livro/2023/restrutturacao\\_empresas/parte04\\_2](https://doi.org/10.47907/livro/2023/restrutturacao_empresas/parte04_2)

EVA RECAMÁN GRAÑA

*Resumen:* Uno de los temas que mayor interés despertó en España con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023 fue el de los deberes de los administradores de sociedades en crisis. Finalmente, el legislador español consideró que no era necesario disponer de nuevos deberes de alerta temprana o que guiaran la gestión de los administradores de sociedades en situación de dificultad financiera, por cuanto entendió que la legislación española ya disponía de un elenco de deberes de los administradores suficiente.

*Palabras Clave:* Deberes de los administradores, proximidad a la insolvencia, deber de diligencia, liquidación en frío, acción individual de responsabilidad.

*Abstract:* One of the issues that aroused most interest in Spain on the occasion of the transposition of Directive 2019/1023, was that of the directors' duties of companies in crisis. Finally, Spanish legislator considered that it was not necessary to have new early warning duties or duties to guide the management of directors of distressed companies, as it understood that Spanish law already had a sufficient framework of directors' duties.

*Keywords:* duties of directors, likelihood of insolvency, duty of diligence, cold liquidation, direct liability action

*Sumario:* I. Introducción. II. Los deberes de control y alerta temprana a la luz de la Directiva. 1. El fundamento del debate en torno al artículo 19 de la Directiva. 2. El artículo 19 de la Directiva. 3. La

opción del legislador español. III. Los deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades en crisis. 1. El deber de diligencia en la proximidad a la insolvencia. 2. La crisis disolutoria y la responsabilidad por las obligaciones sociales (art. 367 LSC). 3. La crisis concursal y la condena a la cobertura del déficit (art. 456 TRLC). 4. La doctrina del Tribunal Supremo en supuestos de liquidación en frío y el recurso a la acción individual. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

## I. Introducción

La promulgación de la Directiva 2019/1023 supuso una revolución en el Derecho de la insolvencia europeo que ha seguido su curso con la necesaria transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico de los Estados miembros (en adelante, Directiva sobre reestructuración e insolvencia o, simplemente, la Directiva). Con la idea del «salvamento de empresas viables» como piedra angular, el legislador comunitario ha abogado por una armonización de los marcos de reestructuración preventiva que elimine las diferencias que pudieran disuadir a la hora de invertir en otros países. En el caso de España, esa transposición se articuló mediante la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal<sup>1</sup> (en adelante Ley de reforma o Ley 16/2022).

Si bien muchas son las novedades que la Directiva ha traído consigo y muchas son las discusiones que se han planteado y siguen planteándose, uno de los temas que, al menos en España, despertó un interés especial fue el de los deberes de los administradores de sociedades en crisis en el contexto de la Directiva. A continuación, se presentará la disposición comunitaria relevante, así como el estado de la cuestión en relación con su transposición en el contexto español.

---

<sup>1</sup> 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).

## II. Los Deberes de Control y Alerta Temprana a la Luz de la Directiva

### 1. El fundamento del debate en torno al artículo 19 de la Directiva

El artículo 19 de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia ha generado un ferviente debate, no sólo en España sino, en términos generales, en toda Europa. El núcleo del mismo es por todos conocido: tal es si se produce con la crisis de la empresa de que es titular una sociedad un cambio en los beneficiarios de los deberes de los administradores sociales (el conocido como *duty shifting*). En concreto, si con la proximidad a la insolvencia la consabida maximización del valor del socio deja de ser el criterio que ha de guiar la gestión del administrador para orientar su gestión hacia la consecución del interés de otros *stakeholders*, en especial, de los acreedores sociales.

El fundamento de este cambio, para quienes propugnan que se produce (o debe producirse) puede, de manera muy resumida, sintetizarse como sigue: en la proximidad a la insolvencia, cuando el valor de la inversión del socio es o se aproxima a cero, la «protección» que le otorga la existencia de una persona jurídica que le permita limitar su responsabilidad a lo aportado (una sociedad de capital) hace que surjan incentivos perversos que se identifican con una excesiva tendencia a la toma de decisiones arriesgadas, con la esperanza de, si hay suerte y por pocas que sean las probabilidades, recuperarse de la crisis. El socio tiene poco o nada que perder (porque su inversión, en la práctica, ya está perdida) y mucho que ganar ante la adopción de estrategias de gestión o inversión arriesgadas. Por su parte, el administrador, se teme, si alinea su comportamiento con el interés de los socios (lo que sucede, especialmente, en sociedades con capital concentrado o con socio de control, lo que es lo habitual en el panorama societario español), en tanto gestor fiduciario del interés de estos, perseguirá, entonces, este «intentar salvar la sociedad a cualquier coste», aun cuando fuera a expensas de la que debería ser la masa activa remanente para el pago de créditos pendientes en un futuro concurso (*gambling for resurrection*). Asimismo, existe comúnmente una resistencia a iniciar el procedimiento concursal, que se produce como consecuencia de la combinación de dos factores: el no querer admitir la irreversibilidad de la crisis y la esperanza de una recuperación en el último momento.

## 2. El artículo 19 de la Directiva

En el contexto de la Directiva, la cuestión central que se ha planteado en relación con la posición de los gestores de sociedades en crisis es la de en qué medida el texto del artículo 19 establecía un «cambio de deberes» de los administradores en la proximidad a la insolvencia, bien fuera en el sentido de tener en cuenta el interés de otros *stakeholders* en general (trabajadores, entorno económico en que la empresa despliega su actividad, etc.) o, en concreto, el de los acreedores con créditos cuyas perspectivas de cobro se vieran directamente afectadas por la inminente (dicho en términos amplios) insolvencia de la sociedad.

En concreto, el referido artículo 19 de la Directiva dispone que los Estados miembros se cerciorarán de que, en caso de insolvencia inminente, los administradores sociales tomen debidamente en cuenta, como mínimo, (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.

La interpretación de este artículo se ve facilitada y complementada por el considerando 70, que dispone: «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». Es decir, la crisis de la empresa no debe suponer una paralización de su actividad, y el sistema de deberes de los administradores que se diseñe por los Estados miembros no debe ser tal que pueda suponer, de facto, un inmovilismo en la actividad gestora de los administradores sociales derivada del temor a las consecuencias jurídicas que se les puedan imponer por cuál sea, a la postre, el resultado último de su gestión de la crisis. Lo anterior se refleja en el elenco de los comportamientos o decisiones de gestión que, a modo ejemplificativo, se presentan en el citado considerando 70. Así, se dice que «[e]n 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».

Nada más, ni nada menos, dispone la Directiva que, en definitiva, deja en manos de los Estados miembros el cómo establecer dichas medidas o el determinar en qué deben consistir. Lo mismo sucede con el destinatario o beneficiario último de la gestión: la Directiva no entra a determinar cuál es la jerarquía de intereses —si la hubiera— que deben guiar al administrador. Así, el considerando 71 establece que la Directiva «no pretende establecer un orden de prelación entre las distintas partes cuyos intereses deben ser tenidos debidamente en cuenta», considerando, en cambio, que «los Estados miembros deben poder decidir establecer tal orden». Ahora bien, lo anterior, no debe ser leído como el otorgamiento al administrado de una suerte de «carta blanca» en la orientación de su gestión. El considerando 71, por una parte, reconoce la protección de la discrecionalidad empresarial al establecer que la Directiva «debe entenderse sin perjuicio de la normativa nacional de los Estados miembros relativa a los procesos de toma de decisiones de las empresas». Pero, por otra, dispone que, en la proximidad a la insolvencia «es importante también proteger los intereses legítimos de los acreedores frente a las decisiones de los gestores que podrían tener un impacto sobre la constitución de la masa del deudor, en particular cuando tales decisiones podrían tener el efecto de disminuir el valor del patrimonio disponible para los esfuerzos de reestructuración o para su distribución a los acreedores». En consecuencia, dispone que «es necesario garantizar que en tales casos los administradores sociales eviten toda actuación dolosa o gravemente negligente que resulte en beneficio propio en perjuicio de los interesados, y eviten aceptar transacciones a pérdida o tomando medidas conducentes a favorecer injustamente a uno o más interesados». En última instancia, subyace a la regulación planteada por la Directiva, la idea de la existencia de un deber de

cuidado del administrador en la crisis, que se manifiesta en este mismo considerando 71, cuando dispone que los Estados miembros «deben poder aplicar las disposiciones correspondientes de la presente Directiva garantizando que las autoridades judiciales o administrativas, al evaluar si debe considerarse a un administrador social responsable de incumplimientos del deber de diligencia, tengan en cuenta las normas en materia de obligaciones de los administradores sociales establecidas en la presente Directiva».

### 3. La opción del legislador español

Como se ha expuesto arriba, el legislador español transpuso la Directiva mediante la Ley de reforma 16/2022. Sin embargo, nuestro legislador consideró que no era necesario regular nuevos deberes de alerta temprana o que guiaran la gestión de los administradores de sociedades en crisis, por cuanto entendió que la legislación española ya disponía de un elenco de deberes de los administradores suficiente. Así, en la Exposición de motivos de la citada Ley de reforma se establece expresamente que «[l]as previsiones de la Directiva 2019/1023 respecto de los deberes de los administradores sociales se encuentran implícitos en la normativa vigente, por lo que no se introducen novedades en el régimen actual de la acción social ni en la posible calificación del concurso de acreedores como culpable».

En concreto, como también recuerda la Exposición de motivos, la legislación española está dotada de un sistema dentro del procedimiento concursal, la «calificación del concurso», específicamente destinada a determinar si existió dolo o culpa grave en la gestión o agravación de la situación de insolvencia del deudor (especialmente utilizado cuando ese deudor es una sociedad) (arts. 441 y sigs. del texto refundido de la Ley concursal, en adelante, TRLC), imponiendo, en el caso de que así proceda, determinadas consecuencias jurídicas de diversa índole al deudor o sus gestores, que abarcan desde la inhabilitación para el ejercicio de la actividad empresarial hasta la condena a la cobertura del déficit concursal (cfr. arts. 455 y 456 TRLC) (cfr. *infra*, III.3).

Ahora bien, ni es absolutamente evidente que la sección de calificación concursal dé respuesta a todas las cuestiones que surgen en torno al estatuto de los deberes de los administradores en la crisis, dado que deja abiertas cuestiones como la de la prelación de intereses en la

proximidad a la insolvencia, ni la sección de calificación es el único instrumento de que dispone la legislación mercantil española para determinar cuál es el comportamiento jurídicamente exigible al administrador de una sociedad en dificultades financieras. En las siguientes páginas expondremos cuál es el estatuto de deberes de los administradores de sociedades en crisis (y responsabilidad derivada de su incumplimiento) en Derecho español. El análisis de las distintas herramientas de que el sistema español se ha dotado ayudará, a la postre, a despejar mejor la incógnita del «cambio de deberes»: como se verá, el legislador español ha «obrado» ese cambio, precisamente, mediante la regulación de las distintas herramientas que se analizarán.

### **III. Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades en Crisis**

Como acertadamente entiende nuestro legislador, el sistema legal español ya está dotado de normas que regulan o, al menos, pretenden determinar el comportamiento debido de los administradores de sociedades en crisis. Este elenco de normas (regulando tanto deberes como acciones de responsabilidad a los administradores por su incumplimiento) no se limita a aquellas previstas en la calificación concursal, sino que —como se expondrá— la normativa es más compleja y el elenco normativo, más amplio.

#### **1. El deber de diligencia en la proximidad a la insolvencia**

##### *i. El control de la solvencia como expresión del deber de diligencia (art. 225 LSC)*

Como se ha dicho, subyace a lo dispuesto en la Directiva una idea central: si bien el administrador dispone de un ámbito de discrecionalidad en su gestión, está siempre guiado por el deber de gestionar cuidadosamente. A su vez, ese deber de cuidado se refiere y se valora, necesariamente, en relación con cuál sea la actividad que desarrolla la sociedad y las concretas circunstancias en que se halle.

Ambas ideas (cuidado y discrecionalidad en la gestión) se encuentran explicitadas en la legislación española. Por una parte, el art. 225.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) establece, en sede del deber de diligencia, que «los administradores deberán tener una dedicación adecuada y adoptarán las medidas

precisas para la buena dirección y el control de la sociedad». Por otra, el art. 226 LSC tipifica desde 2014 la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial (la *business judgment rule*) en el Derecho español.

Ahora bien, lo relevante, a los efectos que nos ocupan, es entender que ese deber de diligencia «muta» o se modula en la proximidad a la insolvencia. Consecuencia necesaria del hecho de que la dedicación haya de ser la «adecuada», es la de exigir un mayor rigor en el control de la situación financiera y contable, cuanto mayores sean los riesgos que se asumen o cuanto más comprometida sea la situación financiera de la sociedad. El deber que exige de todos los empresarios el «llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa» (v. art. 25.1 Código de comercio, en adelante, Cdc) debe extenderse al aumento del control de la solvencia proyectado a la toma de decisiones cuando la empresa enfrenta una situación comprometida, en especial, en las sociedades que gozan del «beneficio» de la limitación de responsabilidad y, por tanto, más propensas, «por naturaleza», a la asunción de riesgos.

A su vez, ese control debido exige el establecimiento de los mecanismos de monitorización del riesgo de insolvencia y de alerta temprana que sean idóneos y adecuados para el fin perseguido, teniendo en cuenta la actividad y la situación financiera de la sociedad. Lo anterior no es sólo una exigencia que se puede (y debe) derivar del deber general de cuidado que pesa sobre cualquier administrador, sino que, como se ha dicho, expresamente se contiene en el art. 225.2 LSC (los administradores «adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad»). Esa misma idea se encuentra en la Directiva cuando dispone que «los administradores sociales deben tomar medidas para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia (...) por ejemplo utilizando las herramientas de alerta temprana cuando proceda» (considerando 70).

También debe leerse en conexión con esa exigencia de control el tercer apartado del art. 225 LSC, que dispone que el administrador, en el desempeño de sus funciones, no sólo tiene el derecho, sino el deber de «recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones».

Ambos deberes —el de monitorización y control y el de informarse debidamente— han de interpretarse, a su vez, teniendo en cuenta cuál sea la modalidad que haya adoptado el órgano de administración.

En concreto, cuando el órgano de administración tenga la forma de consejo, el órgano en pleno retiene, necesariamente, los deberes de supervisión (que incluyen, entonces, el de exigir de los ejecutivos que pongan en funcionamiento los sistemas de control y de transmisión de la información que sean necesarios para que el órgano en pleno pueda estar debidamente informado), frente a los deberes de control directo que recaen sobre los delegados. Esta diversidad de funciones se reconoce también en el artículo 225.1 LSC cuando dispone que los administradores deberán desempeñar su actividad gestora con la diligencia debida, «teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos» y tiene su reflejo en el régimen de responsabilidad, ya que no se permite la exoneración del órgano en pleno por el mero hecho de que existiera delegación en las funciones.

Algo similar sucede con el concreto caso de los deberes de control contable (arts. 25 y sigs. Cdc, arts. 34 y sigs. Cdc, arts. 253 y sigs. LSC). Debe tenerse en cuenta que la formulación de cuentas anuales se considera como una «función esencial del Consejo» indelegable [art. 249 bis e) LSC]. En consecuencia, el recurso a la institución de la delegación no exonera de la responsabilidad derivada de la falta de monitorización financiera y contable.

## *ii. La protección de la discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC)*

Lo mismo, entendemos, sucede con la discrecionalidad empresarial que, a nuestro parecer, tampoco se mantiene inalterada en la proximidad a la insolvencia. La discrecionalidad que la ley otorga al administrador para elegir, de manera independiente y de buena fe, tras informarse debidamente y siguiendo un proceso decisorio idóneo, la que considere más beneficiosa o conveniente para la sociedad de entre aquellas decisiones de gestión posibles, no desaparece en la proximidad a la insolvencia (interpretación acorde con lo que dispone la Directiva, cfr. considerando 70).

Ahora bien, como ya hemos sostenido con anterioridad, si bien uno de los fundamentos de la regla es evitar una excesiva aversión al riesgo de responsabilidad por parte del administrador (que pudiera desincentivarle de tomar decisiones, a la postre, beneficiosas), también es cierto que en la proximidad a la insolvencia existe una tendencia subóptima al riesgo, por los motivos expuestos sub II.1. En consecuencia, admitida la posibilidad de una excesiva tendencia al riesgo en estos escenarios,

sería necesario «reevaluar» la regla, limitando la discrecionalidad gestora cuando exista la posibilidad de afectación relevante de la capacidad de la sociedad de hacer frente a sus obligaciones, es decir, limitándose cuando se prevea que se afectará el patrimonio de responsabilidad a disposición de los acreedores de la sociedad, excluyéndose de entre las posibles decisiones elegibles aquellas que implicaran una probabilidad excesivamente alta de perjudicar la posición de los acreedores, en favor de decisiones con una mayor probabilidad de garantizar la viabilidad de la empresa. En esta construcción, el elemento relevante es, entonces, el «pronóstico de viabilidad»: de entre las decisiones posibles, debe elegirse aquella que, objetivamente y a priori, parezca garantizar mejor la viabilidad de la empresa, ofreciendo menores riesgos, aun cuando se descarten decisiones más rentables, si son, en cambio, más arriesgadas.

## **2. La crisis disolutoria y la responsabilidad por las obligaciones sociales (art. 367 LSC)**

Una vía en la práctica funcionalmente equivalente, en muchos casos, a la expuesta en el apartado anterior —en concreto, en lo relativo a la construcción de una responsabilidad derivada del deber de monitorización y control de la solvencia de la sociedad— es la norma del «recapitaliza o liquida» que se deriva de la coordinación de los artículos 365 y 367 LSC.

El artículo 365 LSC establece que, en el supuesto de que la sociedad se encuentre en la situación que se denomina de «pérdidas cualificadas» (es decir, cuando las pérdidas hubieran dejado el patrimonio neto reducido a una cantidad inferior a la mitad del capital social, ex art. 363.1 LSC), los administradores deberán convocar la junta general en un plazo máximo de dos meses para que acuerde la disolución de la sociedad, salvo en el supuesto de que los socios adoptaran en esa junta acuerdos que permitieran la remoción de la causa (art. 365.1 y 2 LSC).

El deber de convocatoria de esta junta se deriva del artículo 17.1 Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976 que establecía que «[e]n caso de pérdida grave del capital suscrito, deberá convocarse junta general en un plazo fijado por las legislaciones de los Estados miembros, con el fin de examinar si procede la disolución de la sociedad o adoptar cualquier otra medida». Ahora bien, resulta interesante destacar que el legislador español (y así también se

interpreta desde la doctrina y la jurisprudencia) ha entendido la previsión de la Segunda Directiva (a diferencia de lo que sucede en otras jurisdicciones, como la alemana, cfr. §§ 49(3) GmbHG y 92(1) AktG) como una norma en protección de acreedores, y no como un mecanismo para informar a los socios de la situación financiera de la sociedad y de la necesidad de tomar medidas al respecto. Esta opción interpretativa se hace patente en el art. 367 LSC, que regula la responsabilidad solidaria de los administradores por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución (en el caso que analizamos, de las pérdidas cualificadas). Así, se busca evitar que una sociedad que no debería estar actuando en el tráfico siga contrayendo obligaciones sociales y aumentando el riesgo de impago a sus acreedores.

El recurso a la acción regulada en el art. 367 LSC ha sido, en la práctica, una vía efectiva y muy utilizada para exigir responsabilidad a los administradores por comportamientos que podríamos ubicar en la órbita del *reckless trading*, es decir, por mantener a la sociedad actuando en el tráfico (y, en concreto, contrayendo obligaciones sociales) cuando su solvencia está ya seriamente comprometida (teniendo en cuenta, eso sí, que el test que aplica esta norma para medir el riesgo es un test de balance y no de liquidez). Por el contrario, la existencia de otras acciones que, en cierta medida, se solapan en los fines y, eventualmente, resultados ha planteado problemas de coordinación de acciones, como se podrá apreciar si se compara esta acción con las que se presentarán en los apartados posteriores (v. *infra*, III.3 y III.4).

Por último, es interesante destacar que la regulación tanto del deber como de la responsabilidad aquí presentados se ha visto modificada por la Ley 16/2022 para hacerla compatible y coordinarla con el sistema de funcionamiento de los planes de reestructuración que se regula en el nuevo libro segundo del TRLC. La novísima regulación española prevé (como es común en sistemas homologables) la existencia de un periodo de negociaciones con los acreedores a cuya apertura, de comunicarse formalmente al juzgado, se anudan una multiplicidad de efectos tendentes a favorecer las negociaciones y evitar que se frustren las posibilidades de alcanzar un plan de reestructuración viable (cfr. art. 585 y arts. 594 a 613 TRLC). En concreto y en relación con la cuestión que nos ocupa, el artículo 613 TRLC dispone que mientras estén en vigor los efectos de la comunicación, quedará suspenso el deber de acordar la disolución por concurrencia de pérdidas cualificadas en las

sociedades de capital. Para hacer compatible esta suspensión del deber con lo establecido en la LSC, la misma Ley 16/2022 en la disposición final 7.<sup>a</sup> añade al artículo 365 el apartado 3 que establece que decae la obligación de convocar la junta general que ha de adoptar la disolución cuando los administradores hubieran solicitado el concurso o hubieran comunicado al juzgado competente la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración. Se dispone, asimismo, que la convocatoria de la junta vuelve a ser debida en el momento en que decaigan los efectos de la comunicación.

La posibilidad de instar el concurso como comportamiento admisible alternativo a la convocatoria de la junta ya se aceptaba por doctrina y jurisprudencia y se leía de la anterior redacción del apartado 1 del art. 365 LSC que consideraba como una medida a tomar por la junta la de instar el concurso. La novedad se encuentra, entonces, en reconocer, también, como un comportamiento alternativo adecuado el negociar con los acreedores un plan de reestructuración.

La disposición final 7.<sup>a</sup> también reforma el art. 367 LSC para adaptarlo a los nuevos contornos del deber definidos en el art. 365 LSC. Así, la responsabilidad por las obligaciones no surge si en el plazo de dos meses desde que concurre la causa de disolución se hubiera comunicado al juzgado la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración. Si finalmente el plan no se alcanzase, se reactivará el cómputo del plazo de dos meses legalmente dispuesto.

### **3. La crisis concursal y la condena a la cobertura del déficit (art. 456 TRLC)**

Una especialidad del sistema concursal español es la existencia, dentro del propio procedimiento concursal, de una sección procesal denominada «sección de calificación» en la que se analiza si el estado de insolvencia del deudor ha de considerarse «fortuito» o «culpable» (v. art. 441 TRLC). La finalidad última del sistema es la de atribuir determinadas consecuencias jurídicas a las personas afectadas por la calificación o sus cómplices cuando, debido a su comportamiento, el deudor hubiera incrementado de manera antijurídica el riesgo de insolvencia en perjuicio, en última instancia, de los acreedores (cfr. arts. 455 y 456 TRLC). En palabras de Marín de la Bárcena, «las normas sobre

calificación concursal cumplen de este modo una *función de demarcación* entre la libertad de empresa en sentido amplio, que comprende la libre gestión y disposición del patrimonio, y la protección de los acreedores afectados por la insolvencia de su deudor, que no sólo alcanza a la faceta patrimonial de sus derechos de crédito (*v. gr.*, derecho a ejecutar colectivamente el patrimonio del deudor), sino también a su faceta personal o funcional (*v. gr.*, derecho a lograr el saneamiento de su deudor en aras a recuperar su solvencia y capacidad de pago)».

La piedra angular de la institución de la calificación se haya contenida en la cláusula general recogida en el art. 442 TRLC, que dispone que «[e]l concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones».

Así, el sistema se fundamenta sobre la concurrencia de «dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia». A los efectos de determinar si dicho elemento concurre, la ley no sólo se dota de la citada cláusula general, sino que se ayuda de los artículos 443 y 444 TRLC, donde se recogen dos listas de comportamientos o conductas que cumplen una función indiciaria de la existencia de un comportamiento indebido. Mientras que el art. 443 TRLC recoge «comportamientos incompatibles con una gestión ordenada» (los llamados por la ley «supuestos especiales» que actúan como presunciones *iuris et de iure* de la concurrencia de dolo o culpa grave), el artículo 444 TRLC contiene comportamientos que se consideran «indicios de una gestión desordenada del patrimonio del deudor en la proximidad a la insolvencia». Se tratan, estas segundas, de lo que la ley denomina «presunciones de culpabilidad»: presunciones *iuris tantum* de la concurrencia de culpa grave que podrán refutarse mediante la prueba por parte de las personas afectadas por la calificación de que su comportamiento en la proximidad a la insolvencia fue, de hecho, adecuado y diligente. Dentro de las presunciones destaca el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso (art. 444.1.º TRLC), declaración para la cual, en el caso de las sociedades de capital, será competente el órgano de administración (art. 3.1 II TRLC).

El sistema concursal español se alinea así con aquellos (como el alemán) donde se tipifica expresamente un deber de solicitar la declaración de concurso, considerándose este deber de manera ya tradicional como uno de aquellos que integran el estatuto de los deberes de los administradores en la proximidad a la insolvencia. En la legislación española este deber se encuentra recogido en el art. 5 TRLC, que concede al deudor un plazo de dos meses para instar el principio del procedimiento concursal desde que conociera o debiera haber conocido que se encontraba en situación de insolvencia actual (el mismo deber se encuentra en el art. 686.2 TRLC para el procedimiento especial de microempresas), conocimiento que, aunque no se diga expresamente, se le exige al órgano de administración.

Pues bien, como ya se ha adelantado, el legislador recoge expresamente el incumplimiento del deber de solicitud de concurso como un indicio de la concurrencia de culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia. Se presume que el hecho de que la sociedad continúe actuando en el tráfico una vez es insolvente, por una parte, aumenta injustificadamente el riesgo de impago de los acreedores anteriores a la concurrencia de insolvencia, a la vez que genera, si no se han cesado las negociaciones con terceros, nuevos acreedores que quizás nunca hubieran contratado con la sociedad de haberse declarado en concurso.

La relevancia práctica de la existencia del deber de solicitud de concurso se aprecia en sede de atribución de consecuencias jurídicas a los administradores de sociedades en crisis, dado que facilita al juez la calificación del concurso como culpable. En ese caso, la sentencia de calificación determinará las consecuencias jurídicas que se impondrán a las personas afectadas por la calificación (que, como ya se ha dicho, cuando el deudor sea una sociedad de capital, podrán ser sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, sus directores generales y aquellos que hubieran tenido alguna de estas condiciones en los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, ex art. 442).

De las consecuencias jurídicas posibles destaca la condena a la cobertura del déficit concursal (la anteriormente conocida como responsabilidad concursal) recogida en el art. 456 TRLC. Esta institución permite condenar a todos o alguno de los gestores de la sociedad (dependiendo de cuál hubiera sido su participación en el hecho que produjo o agravó la insolvencia y, en definitiva, de la existencia de un déficit concursal), con o sin solidaridad (según considere el juez que

procede, a la vista del comportamiento desplegado) a la cobertura total o parcial del déficit concursal (considerándose que existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según inventario fueran inferiores al valor de los créditos reconocidos en la masa pasiva, ex art. 456.2).

La potencial severidad de esta condena resulta evidente, al igual que resulta evidente su practicidad como mecanismo para engrosar la masa activa disponible para el pago de los acreedores. De ahí la relevancia que, desde la entrada en vigor de la Ley concursal en 2003, ha tenido en la práctica esta responsabilidad, convirtiéndose en un instrumento al que se ha recurrido con muchísima asiduidad ante comportamientos dolosos o negligentes de los administradores de sociedades de capital en crisis.

#### **4. La doctrina del Tribunal Supremo en supuestos de liquidación en frío y el recurso a la acción individual**

La responsabilidad por las obligaciones sociales (art. 376 LSC) y la condena a la cobertura del déficit (art. 465 TRLC) no son las únicas vías de que se dispone en la práctica para exigir responsabilidad a los administradores sociales por comportamientos que se consideren contrarios a los deberes de diligente gestión de la sociedad en crisis. En concreto, se ha desarrollado una jurisprudencia ya estable por el Tribunal Supremo español para aquellos casos que se podrían denominar de «liquidación en frío», es decir, supuestos en que se produce un vaciamiento patrimonial irregular de la sociedad, sin instar una ordenada liquidación o un concurso.

Esta doctrina se construye mediante el recurso a la acción individual de responsabilidad que nuestra legislación recoge en el art. 241 LSC. El ordenamiento jurídico español, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos comparados, regula expresamente en la legislación societaria una acción a disposición no sólo de socios, sino también de acreedores y terceros, que les legitima para demandar a los administradores sociales cuando, debido a su gestión dolosa o negligente (debe tratarse, claro, de un comportamiento de los administradores que se despliegue en el ejercicio del cargo), hayan sufrido un daño directo en su patrimonio personal (no un mero daño reflejo derivado de la existencia de un daño en el patrimonio de la sociedad).

El Tribunal Supremo entiende que la responsabilidad que se puede exigir vía acción individual es de «naturaleza extracontractual, integrada en el marco societario (...) que la especializa respecto de la (...) del art. 1902 CC [la responsabilidad extracontractual general recogida en el Código civil]». Debe tratarse, entiende el Alto Tribunal, de una responsabilidad que surja de un «ilícito orgánico», es decir, «contraída en el desempeño de sus funciones en el cargo» (v. STSS 1.ª 253/2016, de 18 de abril, 472/2016, de 13 de julio, 129/2017, de 27 de febrero, 150/2017, de 2 de marzo, 665/2020, de 10 de diciembre).

La existencia de esta acción directa, distinta de la acción social o *actio pro societate* que se recoge en el art. 238 y sigs. LSC, resulta de gran interés práctico para construir mecanismos de exigencia de responsabilidad a los administradores por una culposa o dolosa gestión de la sociedad en la proximidad a la insolvencia, en especial cuando no proceda la apertura de la sección de calificación concursal (por ejemplo, en los supuestos de conclusión del concurso por ausencia de masa).

Ahora bien, el Tribunal Supremo no permite un uso indiscriminado de esta acción. Como regla general, considera improcedente el recuso a la acción individual en los supuestos de incumplimiento contractual de la sociedad (STS 274/2017, de 5 de mayo). Es decir, no se admite para reclamaciones de daños reflejos consecuencia de un incumplimiento contractual que, en última instancia, produce el impago al acreedor por insuficiencia del patrimonio de la sociedad.

Por el contrario, se permite el recurso excepcional a la acción individual cuando concurren dos elementos: el Tribunal Supremo exige un «esfuerzo argumentativo» que demuestre el «incumplimiento de un deber legal cualificado». En palabras del Alto Tribunal, resulta imprescindible que «se identifique bien la conducta del administrador a la que se imputa el daño ocasionado al acreedor (acto, acuerdo o mera omisión), que esta conducta pueda ser calificada como infractora de un «deber cualificado» del administrador, y que aquel daño sea directo, no indirecto como consecuencia de la insolvencia de la sociedad» (STS 665/2020, 10 de diciembre).

En definitiva, es posible el recurso a la acción individual por comportamientos de los administradores en la proximidad a la insolvencia que afecten o lesionen directamente el derecho de crédito de los acreedores de la sociedad. Se construye así una alternativa procesal a la calificación concursal. Es más, la apertura de un procedimiento concursal

no excluye, en términos generales, la posibilidad de interposición de acciones individuales (a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad por las obligaciones sociales, que no se admiten a trámite o, si ya estuvieran admitidas, su tramitación se suspende constante el concurso, v. arts. 136.1. 2.º y 139.1 TRLC). Ahora bien, será necesario, como se ha expuesto, probar la existencia tanto la lesión directa del derecho de crédito como la infracción de un deber cualificado de cuidado del administrador en el ejercicio del cargo.

#### IV. Conclusiones

- i.* Efectivamente, como manifiesta el legislador en la Ley de reforma que transpone la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, el Derecho español ya dispone de un «mosaico» de deberes y acciones de responsabilidad que buscan proteger los intereses de *stakeholders* distintos de los socios en la proximidad a la insolvencia, en especial, de los acreedores sociales. Ahora bien, a pesar de que el legislador español haya considerado que no es necesario modificar nuestra legislación para transponer el contenido del art. 19, algunas cuestiones siguen pendientes de ser contestadas.
- ii.* Por una parte, en el estado actual de nuestra legislación, no consideramos que esté cerrada la cuestión de la prelación de los intereses que los administradores deben proteger en la proximidad a la insolvencia, al menos, no de manera indubitada. Con frecuencia es necesario —como se ha observado, por ejemplo, al referir la doctrina del Tribunal Supremo sobre la acción individual y la proximidad a la insolvencia— analizar la cuestión en el caso concreto para decidir si los administradores incumplieron, en perjuicio de todos o algunos acreedores, un deber de cuidado específico frente a ellos.
- iii.* Dicho lo anterior, el hecho de que la legislación española disponga, a diferencia de otras, de un deber de solicitud de concurso complementado con una norma de «recapitaliza o liquida» reforzada por una acción de responsabilidad en el Derecho societario (modulada y coordinada, como se ha señalado, con la legislación concursal) marca, en cualquier caso, hitos o momentos donde el legislador ha determinado claramente un

cambio en los sujetos que deben ser primariamente protegidos por la gestión de los administradores. A día de hoy, sólo en esos hitos podemos, con certeza, encontrar el reconocimiento de la protección de intereses distintos de los de los socios recogido en el art. 19 a) de la Directiva.

- iv. Una suerte de indeterminación similar se produce en relación con la previsión de la Directiva que exige de los administradores tomar las medidas necesarias para evitar la insolvencia (art. 19 b) Directiva). Como hemos expresado arriba, no cabe duda de que deriva del deber general de diligencia el deber de seguimiento del estado contable y financiero de la sociedad, así como el establecimiento de medidas de alerta temprana y mecanismos de control del riesgo de insolvencia adecuados a la actividad y características (en especial, a la propensión al riesgo) de la sociedad (v. *supra*, III.1). No queda tan claro, sin embargo, si se debe considerar que forma parte del comportamiento debido ex art. 19 b) el deber de intentar procedimientos de reestructuración cuando la empresa fuera viable (una suerte de *going shopping for restructuring*), cuestión esta no resuelta por el legislador español.
- v. Por el contrario, está fuera de toda duda que nuestra legislación, como se ha expuesto, ya disponía, no ya de una norma, sino de todo un sistema, la calificación concursal, destinado, precisamente, a evitar y sancionar las conductas dolosas o gravemente culposas que pusieran en peligro la viabilidad de la empresa. En este sentido, debe entenderse, efectivamente, que no era necesario modificación alguna de nuestra legislación para cumplir con el mandato de transposición en cuanto al art. 19 c).

## V. Bibliografía

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Administradores frente a accionistas y acreedores. Deberes de lealtad para los accionistas y obligaciones pactadas o legales para los acreedores», en N. BERMEJO GUTIÉRREZ *et al.*, dir., *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, Aranzadi, 2019, 69-120.

- ALONSO UREBA, Alberto, «Artículo 456», en J. PULGAR EZQUERRA, dir., *Comentario a la Ley Concursal*, t. I, 2.ª ed., La Ley, 2020, 1995-2022.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria, RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, «Normas de protección de acreedores: entre el derecho de sociedades y el derecho concursal», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 4 (2006).
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual por no promoción de la disolución», *Revista de derecho de sociedades* 5 (1995) 47-78.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos, «Los deberes preconcursales de los administradores sociales», *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 34 (2021) 155-172.
- GUERRERO TREVIJANO, Cristina, «La regla de la protección de la discrecionalidad empresarial en la proximidad a la insolvencia», en J. PULGAR EZQUERRA, dir., en *Reestructuración y gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia*, La Ley, 2020, 237-280.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, Fernando, Artículos 441 a 445 y 455, en J. PULGAR EZQUERRA, dir., *Comentario a la Ley Concursal*, 2.ª ed., La Ley, 2020, Tomo I, 1928-1959 y 1986-1995.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, Fernando, «La responsabilidad concursal», *Anuario de derecho concursal* 28 (2013) 103-157.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, Fernando, *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*, Marcial Pons, 2005.
- PULGAR EZQUERRA, Juana, «Gobierno corporativo y reestructuración preventiva: la Directiva UE 2019/1023», en J. PULGAR EZQUERRA, dir., *Reestructuración y gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia*, La Ley, 2020, 55-128.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, «Responsabilidad de los administradores en la proximidad de la insolvencia», en J. PULGAR EZQUERRA, dir., *Reestructuración y gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia*, La Ley, 2020, 331-362.
- RECAMÁN GRAÑA, Eva, «Diligencia e interés social en la proximidad a la insolvencia», en J. PULGAR EZQUERRA, dir., *Reestructuración y gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia*, La Ley, 2020, 201-233.

RECAMÁN GRAÑA, Eva, «La responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales», en F.J. CAMACHO DE LOS RÍOS, *et al.*, dir., en *La administración de las sociedades de capital desde una perspectiva multidisciplinar*, Aranzadi, 2019, 605-629.

RECAMÁN GRAÑA, Eva, «La “business judgment rule” en la crisis. Una propuesta interpretativa», *Revista de derecho de sociedades* 54 (2018) 143-164.

RECAMÁN GRAÑA, Eva, *Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis*, Aranzadi, 2016.

---

**PARTE V**

---

**EXONERAÇÃO DO PASSIVO  
RESTANTE**

**EXONERACIÓN DE DEUDAS**



# A exoneração do passivo restante e a lei n.º 9/2022: alterações de regime, problemas resolvidos, problemas criados e problemas ignorados\*<sup>-\*\*</sup>

[https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao\\_empresas/parte05\\_1](https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte05_1)

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO<sup>\*\*\*</sup>

*Resumo:* Com este estudo, pretende-se analisar as alterações introduzidas ao regime da exoneração do passivo restante pela Lei n.º 9/2022, bem como os problemas que veio resolver, os que não resolveu e aqueles que veio criar.

*Palavras-chave:* exoneração do passivo restante; insolvência; pessoas singulares

*Abstract:* The aim of this study is to analyse the changes introduced to the regime of debt discharge/fresh start by Law 9/2022, as well as the problems it solved, those it did not solve and those it created.

*Keywords:* debt discharge; fresh start; insolvency; individuals

*Sumário:* I – A exoneração do passivo restante e as alterações de regime introduzidas pela Lei n.º 9/2022. 1. O período de cessão do rendimento disponível. 2. A prorrogação do período de cessão do rendimento disponível. 3. Necessidade de reclamação e verificação dos créditos para pagamento. 4. A determinação da competência para a

---

\* O texto que agora se publica corresponde à conferência proferida no âmbito do *Congresso Luso-Espanhol - A Transposição da Diretiva 2019/1023*, que teve lugar a 3 de Junho de 2022, na Universidade de Coimbra, com a coordenação científica de Alexandre Soveral Martins e Carlos Gómez Asensio. Foi publicado na Revista de Direito Comercial, em Julho de 2022.

\*\* Todos os artigos referidos neste texto sem mais indicações são preceitos do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE); e todos os acórdãos podem ser consultados em <www.dgsi.pt>.

\*\*\* Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

atribuição de funções de fiscalização ao fiduciário. 5. A existência de liquidação superveniente. 6. O encurtamento do prazo para requerer a cessação antecipada do procedimento de exoneração. 7. A revogação do n.º 4 do artigo 248.º e o apoio judiciário. 8. A determinação do valor da causa. II – A exoneração do passivo restante e as questões a que a Lei n.º 9/2020 não veio dar resposta. 1. O âmbito de aplicação. 2. A interpretação da alínea d) do n.º 1 do artigo 238.º. 3. Os critérios para a determinação do que seja razoavelmente necessário para o sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar. 4. A interpretação do disposto na primeira parte do n.º 1 do artigo 241.º. 5. O âmbito de aplicação do artigo 242.º. 6. A lacuna relativamente aos efeitos da cessação antecipada do procedimento de exoneração regulado no artigo 243.º. 7. A interpretação da alínea b) do n.º 2 do artigo 245.º. 8. A questão do prazo para o decretamento da revogação da exoneração do passivo restante

## **I. A exoneração do passivo restante e as alterações de regime introduzidas pela Lei n.º 9/2022**

Começemos por esclarecer sucintamente em que consiste a figura da exoneração do passivo restante: durante um determinado período de tempo após o encerramento do processo de insolvência, os rendimentos do devedor são afectados à satisfação dos créditos remanescentes após a liquidação, extinguindo-se no final do período aqueles que não tenha sido possível cumprir<sup>1</sup>.

A exoneração do passivo restante encontra a sua razão de ser na conciliação entre direitos ou valores constitucionalmente protegidos – a tutela do crédito (enquanto protecção do património), e o direito ao desenvolvimento da personalidade (acrescentando-se ainda a protecção social dos mais fracos)<sup>2</sup>. Constitui, por isso, uma solução de compromisso, assente num sacrifício, que se pretende proporcional, dos interesses de todos os titulares dos direitos em causa. Mas a

---

<sup>1</sup> Nota Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, 611, que este regime aproxima a figura do modelo *earned start* – distinto do *fresh start*, que implicaria a libertação do devedor de todas as dívidas remanescentes com o encerramento do processo de insolvência.

<sup>2</sup> Cfr. Paulo Mota PINTO, “Exoneração do passivo restante. Fundamento e constitucionalidade”, in III *Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2015, 175-195, p. 179 ss.

doutrina identifica neste mecanismo vantagens adicionais, como a de permitir antecipar o início do processo de insolvência (por o devedor estar orientado para a obtenção da exoneração), a de equiparar a situação dos empresários em nome individual à das sociedades comerciais (que se consideram extintas com o encerramento do processo de insolvência, nos termos do disposto no artigo 234.º, n.º 3, extinguindo-se assim também as dívidas remanescentes) e a de tornar mais exigente e responsável a concessão de crédito (o que, por seu turno, pode permitir combater o sobre-endividamento)<sup>3</sup>.

O regime vigente no ordenamento jurídico português sempre gerou algumas dúvidas; a sua aplicação prática nunca foi isenta de problemas, alguns dos quais entretanto resolvidos pelo Tribunal Constitucional em declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Porém, o legislador abstinha-se de intervir, sendo embora certo que, como indicam os dados estatísticos disponíveis, o número de processos de insolvência de pessoas singulares tem subido consistentemente e tem sido várias vezes superior ao número de processos de insolvência de pessoas colectivas de direito privado<sup>4</sup>.

Entretanto, a necessidade de transposição da Directiva (UE) 2019/2023 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Junho de 2019<sup>5</sup>, constituía uma oportunidade para esclarecer e melhorar alguns dos aspectos de regime da exoneração do passivo restante no ordenamento jurídico português – no seu título III, artigos 20.º a 24.º (assim como nos Considerandos 72 a 84), é dado especial relevo à necessidade de harmonização do regime do perdão de dívidas de empresários pessoas singulares insolventes, em termos que obrigariam à intervenção do legislador português nesta matéria. Todavia, como veremos *infra*, esta oportunidade não foi aproveitada.

Podem sintetizar-se assim as principais alterações introduzidas à disciplina da exoneração do passivo restante:

- redução do período de cessão de 5 para 3 anos (alteração da redacção do artigo 235.º);
- possibilidade de extensão do período de cessão por um prazo máximo de 36 meses, uma única vez (artigo 242.º-A);

<sup>3</sup> Cfr. Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 614 ss.

<sup>4</sup> Dados obtidos in <https://estatisticas.justica.gov.pt>.

<sup>5</sup> O texto integral da Directiva pode ser consultado in <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1023&from=EN>>.

- consagração expressa da necessidade de existência de uma sentença de verificação e graduação de créditos para que se proceda à distribuição dos valores pelos credores (alteração da redacção do artigo 241.º, n.º 1, alínea *d*));
- alteração da redacção do artigo 241.º, n.º 3, relativamente à determinação da competência para a atribuição de funções de fiscalização ao fiduciário;
- existência de liquidação superveniente quando o processo tenha sido encerrado com o despacho inicial de exoneração e tenha findado a liquidação, sempre que ingressem, durante o período de cessação, no património do devedor bens ou direitos susceptíveis de alienação (artigo 241.º-A);
- redução para seis meses do prazo para a apresentação do requerimento de cessação antecipada da exoneração (alteração da redacção do artigo 243.º, n.º 2);
- revogação do n.º 4 do artigo 248.º, colocando ponto final às dúvidas acerca da possibilidade de existência de apoio judiciário em caso de diferimento do pagamento das custas e outros benefícios previstos no n.º 1 desse artigo; e
- fixação do valor da causa, para efeitos de recurso, no valor do passivo a exonerar (artigo 248.º-A).

## 1. O período de cessação do rendimento disponível

A alteração de regime com maior visibilidade pública será, certamente, a redução do período de cessação do rendimento disponível, de cinco para três anos (se, como veremos *infra*, não existir prorrogação), através da alteração do disposto no artigo 235.º. Deste modo, adoptou-se aquele que era o limiar máximo determinado pelo n.º 1 do artigo 21.º da Directiva em transposição, que determina que o prazo após o qual os Estados-membros estão obrigados a assegurar que os empresários insolventes podem beneficiar de um “perdão total” das suas dívidas<sup>6</sup> é, precisamente, no máximo de três anos<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Ou, nas palavras de Assunção CRISTAS, “Exoneração do devedor pelo passivo restante”, in *Themis*, edição especial *Novo Direito da Insolvência*, 2005, 165-182, p. 170 ss., “o período probatório” a que se vai submeter o devedor antes de “iniciar a vida de novo, liberado de dívidas”.

<sup>7</sup> Notando que a uniformização do prazo na União Europeia pode ter efeitos benéficos em matéria de *forum shopping* na insolvência de pessoas singulares, cfr.

## 2. A prorrogação do período de cessão do rendimento disponível

Mas a verdade é que, aproveitando a possibilidade conferida pelo artigo 23.º, n.ºs 1 e 2, da Directiva, o legislador português veio estabelecer a possibilidade de prorrogação do período de cessão do rendimento disponível em até três anos, o que, afinal, pode levar a que o período total venha agora a ser superior ao que estava fixado antes da Lei n.º 9/2022, dado que pode chegar aos seis anos.

Cumpra salientar que esta possibilidade de prorrogação, agora estabelecida no artigo 242.º-A, pode ter efeitos muito positivos, uma vez que pode servir para evitar que, ao fim de três anos de sacrifícios do devedor, exista uma provável decisão de recusa de exoneração do passivo restante, permitindo-se por este meio que um período adicional de esforço da sua parte possa conduzir à exoneração pretendida.

Nos termos da lei, o juiz poderá então agora decidir pela prorrogação do período da exoneração, mas apenas desde que tenha havido requerimento fundamentado do devedor, de algum credor da insolvência, do administrador da insolvência (se ainda estiver em funções) ou do fiduciário que tenha sido incumbido de fiscalizar o comportamento do devedor (arredada que parece estar, nos termos deste preceito, a possibilidade de a decisão de prorrogação ser oficiosa).

E um dos problemas de interpretação que nos trazem as alterações introduzidas ao regime da exoneração do passivo restante pela Lei n.º 9/2022 é logo este: a enumeração dos legitimados para requerer a prorrogação do prazo de cessão consta do n.º 1 do artigo 242.º-A, feita em quatro alíneas (de *a*) a *d*)); mas apenas na última delas, que se refere ao fiduciário, se especifica que só pode ser requerida a prorrogação se o devedor tiver “violado alguma das obrigações que lhe são impostas pelo artigo 239.º, prejudicando por esse facto a satisfação dos créditos sobre a insolvência”.

Ora, isso não faz sentido. Tendo em conta que a *ratio* que subjaz à instituição da possibilidade de prorrogação do prazo da cessão é,

---

António Frada de SOUSA, “Exoneração do passivo restante e *forum shopping* na insolvência de pessoas singulares na União Europeia”, in *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, 57-98, p. 65. Para uma análise da regulação da figura noutros ordenamentos jurídicos da União Europeia antes da transposição da Directiva, cfr. Letícia Marques COSTA, *A Insolvência de Pessoas Singulares*, Coimbra: Almedina, 2021, 89 ss.

precisamente, a de proporcionar ao devedor a possibilidade de obter o benefício da exoneração do passivo restante em situações nas quais existiria com grande probabilidade a sua recusa (de outro modo, a decisão final de exoneração teria certamente lugar decorrido o prazo de três anos, sem mais), e que, então, essa recusa deve ter por base alguma das circunstâncias enumeradas no n.º 1 do artigo 243.º (por remissão do n.º 1 do artigo 244.º), de entre as quais apenas a enunciada na alínea *d*) tem por base o comportamento do devedor durante o período de cessão (ter o devedor “dolosamente ou com grave negligência violado alguma das obrigações que lhe são impostas pelo artigo 239.º, prejudicando por esse facto a satisfação dos créditos sobre a insolvência”), só faz sentido que qualquer um dos legitimados para requerer a prorrogação do prazo o possa fazer se no requerimento alegar e provar (como exige o n.º 2 do artigo 242.º-A) que o devedor violou alguma das obrigações que lhe são impostas pelo artigo 239.º e, com isso, prejudicou a satisfação dos créditos sobre a insolvência durante o período de cessão<sup>8</sup>.

Ou seja, nenhum dos legitimados pode requerer a prorrogação sem a alegação e prova deste fundamento (o n.º 2 especifica claramente que o requerente deve oferecer logo a prova dos fundamentos invocados, mesmo tendo o n.º 1, literalmente, apenas exigido fundamentação relativamente ao fiduciário), pois esta prorrogação não se destina especificamente a aumentar a satisfação dos credores da insolvência (através da instituição de um período adicional de cessão), mas antes a compensá-los de uma eventual menor satisfação dos créditos provocada pelo comportamento, doloso ou com culpa grave, do devedor durante o período de cessão, enquanto simultaneamente confere uma segunda oportunidade ao devedor de vir a obter a exoneração do passivo restante – de resto, o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 23.º da Directiva apenas autoriza a prorrogação do prazo de cessão em casos nos quais tenha existido, de alguma forma, um comportamento censurável do devedor durante o período de cessão.

---

<sup>8</sup> Note-se que existe uma excepção a esta regra: nos termos da alínea *f*) do n.º 2 do artigo 23.º da Directiva, o legislador português poderia ter previsto a prorrogação do prazo se ela fosse necessária para “garantir o equilíbrio entre os direitos do devedor e os direitos de um ou mais credores”, desde que esta previsão de um prazo mais longo fosse devidamente justificada, o que *in casu* não acontece.

Aliás, o juiz deve ouvir o devedor, o fiduciário e os credores da insolvência antes de decidir a questão; e decretar a prorrogação apenas se concluir pela existência de “probabilidade séria de cumprimento, pelo devedor, das obrigações a que se refere o n.º 1, no período adicional”. Ora, esta remissão para o n.º 1 também só faz sentido se se entender que o disposto na segunda parte da alínea *d*) se aplica ao requerimento de prorrogação, independentemente do requerente, e não apenas aos casos em que ele seja o fiduciário que tenha sido incumbido de fiscalizar o cumprimento das obrigações do devedor.

O único caso que pode causar aqui alguma estranheza é o do devedor, pois podemos interrogar-nos acerca das razões que podem levá-lo a requerer, ele próprio, um prolongamento de um período que implica necessariamente, para si, elevados sacrifícios para mais satisfação dos seus credores. Pois bem, se o devedor puder antecipar que, tendo em conta aquela que foi a sua actuação durante o período de cessão, constarão do processo elementos que, com grande probabilidade, levarão à recusa da exoneração, pode ter todo o interesse em, antecipando-se a uma decisão com tal teor, requerer a prorrogação do período de cessão para, desta feita, tudo fazer para que lhe seja concedida a exoneração. A fundamentação do requerimento passará então, necessariamente, pelo reconhecimento da desconformidade do seu comportamento com aquele que lhe era exigido e a que ele se comprometeu expressamente no pedido de exoneração, nos termos do n.º 3 do artigo 236.º.

Concluindo, o segmento “caso este tenha violado alguma das obrigações que lhe são impostas pelo artigo 239.º, prejudicando por esse facto a satisfação dos créditos sobre a insolvência” deve considerar-se relativamente ao corpo do n.º 1 do artigo 242.º-A, e não apenas à sua alínea *d*). Mas isto supõe um labor correctivo do intérprete, devido a uma deficiente redacção da lei – o que deveria ter sido evitado.

Outro ponto a considerar é o da duração do prazo de prorrogação – a lei estabelece que será, no máximo, de três anos e que a prorrogação só poderá ter lugar uma única vez. Mas não estabelece os critérios que devem nortear a sua determinação pelo juiz. Mais uma vez, haverá que considerar a ponderação dos interesses que se pretendem aqui conciliar. Assim, o juiz deverá ter em conta a medida em que o incumprimento do devedor prejudicou a satisfação dos credores e estabelecer um prazo durante o qual, previsivelmente, seja neutralizado esse prejuízo, tentando-se que os credores fiquem em posição o mais possível

idêntica àquela em que estariam se o comportamento do devedor não se tivesse afastado do estabelecido.

Cumpre ainda referir que o requerimento tem de ser apresentado nos seis meses seguintes à data em que o requerente teve conhecimento dos fundamentos invocados (nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 242.º-A), mas antes de terminado o período de cessão (como resulta do corpo do n.º 1 do artigo). Uma vez que na última parte do n.º 2 do artigo 242.º-A, relativo a prazo e aos fundamentos invocados, se pode ler “sendo oferecida logo a respetiva prova”, depreende-se que o requerente deverá, logo no requerimento, fazer a prova desses fundamentos e de que ainda não se passaram mais de seis meses desde a data em que deles teve conhecimento.

Depois, ainda em termos de prazos, coloca-se aqui um problema interpretativo adicional relativo ao prazo para o juiz proferir despacho nesta matéria: o n.º 1 do 242.º-A parece impor que ele tenha lugar antes de terminado o período de cessão (“o juiz pode prorrogar o período de cessão, até ao máximo de três anos, antes de terminado aquele período”), mas no artigo 244.º, n.º 1, determina-se que “o juiz decide, nos 10 dias subsequentes ao termo do período da cessão, sobre a respetiva prorrogação, nos termos previstos no artigo 242.º-A”. Fica então a questão de saber se o despacho de prorrogação deve ter lugar até ao final do prazo de cessão de três anos, ou nos dez dias subsequentes. Parece que será de entender que é o requerimento de prorrogação que deverá ser apresentado até ao final do prazo de cessão de três anos, podendo o juiz depois decidir nos dez dias subsequentes<sup>9</sup>. Mais uma vez, apenas uma interpretação correctiva permite ultrapassar esta contradição do legislador.

Então, findo o prazo da prorrogação, juiz deve decidir no prazo de dez dias sobre a exoneração ou a sua recusa, ouvidos o devedor, o fiduciário e os credores da insolvência, nos termos no artigo 244.º, n.º 3.

### **3. Necessidade de reclamação e verificação dos créditos para pagamento**

Uma outra alteração introduzida ao regime da exoneração do passivo restante foi a alteração da redacção da alínea *d*) do n.º 1 do artigo

---

<sup>9</sup> Alexandre de Soveral MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, vol. 1, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 647, identifica o problema e aplica o prazo do artigo 244.º, n.º 1.

241.º, especificando-se que o fiduciário deve afectar os montantes recebidos, no final de cada ano em que dure a cessão e depois de feitos os pagamentos indicados nas três primeiras alíneas desse número, à distribuição do remanescente pelos credores da insolvência (e nos termos prescritos para o pagamento aos credores no processo de insolvência) *cujos créditos se mostrem verificados e graduados por sentença*. Embora já fosse pacificamente entendido que a reclamação de créditos constitui “um verdadeiro ónus”<sup>10</sup> e que o fiduciário apenas poderia proceder ao pagamento de créditos verificados e graduados, isso não decorria expressamente da lei, podendo prestar-se a leituras equívocas o facto de a referida alínea apenas determinar que o fiduciário deveria distribuir o remanescente “pelos credores da insolvência”.

Este ponto é ainda mais relevante se se tiver em consideração que pela decisão final de exoneração se extinguem “todos os créditos sobre a insolvência que ainda subsistam à data em que é concedida, sem excepção dos que não tenham sido reclamados e verificados”<sup>11</sup>, como resulta do n.º 1 do artigo 245.º<sup>12</sup>.

#### **4. A determinação da competência para a atribuição de funções de fiscalização ao fiduciário**

A Lei n.º 9/2022 veio alterar a redacção do n.º 3 do artigo 241.º, em termos que não primam pela clareza, como se analisará de seguida.

Durante o período de cessão, o fiduciário pode, se essa função lhe for confiada, fiscalizar o cumprimento, pelo devedor, das obrigações estabelecidas no artigo 239.º, n.º 4. Antes da alteração introduzida pela Lei n.º 9/2022, determinava-se no artigo 241.º, n.º 3, que “[a] assembleia de credores pode conferir ao fiduciário a tarefa de fiscalizar o cumprimento pelo devedor das obrigações que sobre este impendem, com o dever de a informar em caso de conhecimento de qualquer

<sup>10</sup> Cfr. Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 623, nota 1185.

<sup>11</sup> Para Paulo Mota PINTO, “Exoneração do passivo restante. Fundamento e constitucionalidade”, 195, as obrigações subsistem como obrigações naturais.

<sup>12</sup> Cabe neste ponto esclarecer, com Luís Carvalho FERNANDES / João LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª ed., Lisboa: Quid Iuris, 2015, 873, que na revogação da exoneração do passivo restante os créditos extintos apenas podem ser reconstituídos “*na parte em que o tenham sido*” (em itálico no original). Então, apenas quanto aos créditos não reclamados e verificados a reconstituição será total.

violação”. Agora, a redacção desse preceito é a seguinte: “[a] tarefa de fiscalizar o cumprimento pelo devedor das obrigações que sobre este impendem, com o dever de informar os credores em caso de conhecimento de qualquer violação, pode ser conferida ao fiduciário, caso os credores o requeiram na assembleia de credores de apreciação do relatório ou, sendo dispensada a realização da mesma, no prazo de 10 dias subsequente ao decurso do prazo de 60 dias previsto na parte final do n.º 1 do artigo 236.º”.

Deste modo, a lei não estabelece agora expressamente a quem compete decidir se o fiduciário exerce estas funções, nem, propriamente, a quem compete requerê-lo. Antes da alteração, era evidente que a decisão cabia à assembleia de credores. Agora, parece que ela caberá ao juiz, a requerimento de credores<sup>13</sup>, ficando por esclarecer em que termos, quando seja dispensada a realização da assembleia de credores: se cabe a qualquer credor, ou se cabe a credores que representem uma determinada percentagem (eventualmente, a maioria) dos créditos.

## **5. A existência de liquidação superveniente**

A Lei n.º 9/2022 veio introduzir no regime da exoneração do passivo restante o artigo 241.º-A, que regula a liquidação superveniente, sempre que, finda a liquidação do ativo do devedor e encerrado o processo de insolvência nos termos do disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 230.º, ingressem durante o período de cessão no património do devedor bens ou direitos susceptíveis de alienação, estabelecendo-se que, nesse caso, o fiduciário deverá, com prontidão, proceder à apreensão e venda desses bens e direitos, para afectar o produto à satisfação dos credores, após pagamento da sua remuneração (variável) por essa liquidação. O fiduciário deverá, como estabelecido no n.º 2 deste artigo, apresentar contas dentro dos dez dias subsequentes à venda dos referidos bens ou direitos (prazo que pode ser prorrogado por despacho judicial).

## **6. O encurtamento do prazo para requerer a cessação antecipada do procedimento de exoneração**

Uma vez que o período de cessão passou, com a Lei n.º 9/2022, de cinco para três anos, alterou-se concomitantemente o prazo para

---

<sup>13</sup> Cfr. Alexandre de Soveral MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 636.

requerer a cessação antecipada do procedimento de exoneração, que passou de um ano para os seis meses seguintes à data em que o requerente teve ou poderia ter tido conhecimento dos fundamentos invocados, com a nova redacção dada ao n.º 2 do artigo 243.º.

Note-se que, embora nada na letra do artigo 243.º, mesmo depois desta alteração, refira expressamente a possibilidade de ser requerida a cessação antecipada deste procedimento nos casos em que tenha havido prorrogação do prazo de cessão do rendimento disponível, é de entender que ela também pode ter lugar no período de prorrogação, verificados todos os pressupostos estabelecidos neste artigo.

## **7. A revogação do n.º 4 do artigo 248.º e o apoio judiciário**

A Lei n.º 9/2022 veio revogar o n.º 4 do artigo 248.º, que tinha o seguinte teor: “[o] benefício previsto no n.º 1 afasta a concessão de qualquer outra forma de apoio judiciário ao devedor, salvo quanto à nomeação e pagamento de honorários de patrono”. E o n.º 1 determina que o devedor que apresente um pedido de exoneração do passivo restante beneficia do diferimento do pagamento das custas até à decisão final desse pedido, na parte em que a massa insolvente e o seu rendimento disponível durante o período da cessão sejam insuficientes para o respectivo pagamento integral (o mesmo se aplicando à obrigação de reembolsar o organismo responsável pela gestão financeira e patrimonial do Ministério da Justiça das remunerações e despesas do administrador da insolvência e do fiduciário que o organismo tenha suportado).

Havia, pois, palco para a existência de fundadas dúvidas quanto à possibilidade de o devedor, quando beneficiasse do diferimento do pagamento das custas, nos termos do n.º 1 do artigo, poder simultaneamente recorrer ao apoio judiciário (exceptuada a nomeação e pagamento de honorários de patrono). Depois de um longo período de ausência de consenso nesta questão, na doutrina e nos tribunais, o Tribunal Constitucional veio, no acórdão 418/2021<sup>14</sup>, declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante do n.º 4 do artigo 248.º do Código da Insolvência e da Recuperação de

---

<sup>14</sup> Cfr. o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 48/2021, de 15 de Junho de 2021 (Fernando Ventura).

Empresas, na parte em que impedisse a obtenção do apoio judiciário, na modalidade de dispensa do pagamento da taxa de justiça e demais encargos com o processo, aos devedores que tivessem obtido a exoneração do passivo restante e cuja massa insolvente e o rendimento disponível fossem insuficientes para o pagamento integral das custas e encargos do processo de exoneração, sem consideração pela sua concreta situação económica.

Agora, revogado o n.º 4 do artigo 248.º, deixa de subsistir qualquer dúvida: o benefício do n.º 1 não afasta a concessão de outras formas de apoio judiciário.

## 8. A determinação do valor da causa

A Lei n.º 9/2022 veio introduzir no CIRE o artigo 248.º-A, com o seguinte teor: “[p]ara efeitos processuais, no caso de recurso de decisões proferidas no âmbito do incidente de exoneração do passivo restante, o valor da causa é determinado pelo passivo a exonerar do devedor”.

Também neste ponto a lei veio corresponder a uma orientação do Tribunal Constitucional, que, no acórdão 70/2021<sup>15</sup>, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da interpretação das normas vigentes à época (nomeadamente, os artigos 15.º CIRE e 629.º, n.º 1, CPC) no sentido de que, no recurso de decisões proferidas neste incidente no processo de insolvência, o valor da causa para efeitos de relação com a alçada do tribunal de que se recorre seria determinado pelo activo do devedor.

Pois bem, neste novo preceito determina-se expressamente que o valor da acção será, nos termos do artigo 248.º-A, o valor do “passivo a exonerar” – e, cabe notar, não o valor total do passivo do devedor que pede a exoneração do passivo restante, pois, como se determina no n.º 2 do artigo 245.º, o passivo a exonerar não abrange os créditos por alimentos, nem as indemnizações devidas por factos ilícitos dolosos praticados pelo devedor, que hajam sido reclamadas nessa qualidade, nem os créditos por multas, coimas e outras sanções pecuniárias por crimes ou contra-ordenações, nem ainda, e sobretudo, os créditos tributários e da segurança social.

---

<sup>15</sup> Cfr. o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 70/2021, de 27 de Janeiro de 2021 (José António Teles Pereira).

## II. A exoneração do passivo restante e as questões a que a Lei n.º 9/2020 não veio dar resposta

Analisadas as alterações introduzidas ao regime da exoneração do passivo restante pela Lei n.º 9/2022, com a especificação dos problemas que veio resolver e daqueles que, não existindo antes, ela veio agora trazer, cumpre ainda fazer uma breve referência a algumas das questões que continuaram sem resposta – considerando-se que, com esta intervenção legislativa, se desperdiçou a oportunidade de esclarecer relevantes dúvidas que se colocam repetidamente na aplicação desta figura, bem como de acolher as críticas mais expressivas da doutrina a determinados aspectos da sua regulação.

### 1. O âmbito de aplicação

O primeiro reparo não pode deixar de ser dirigido à manutenção do âmbito de aplicação do procedimento de exoneração do passivo restante: abrange pessoas singulares, titulares ou não de empresa (incluindo no desenvolvimento de actividades ligadas às profissões liberais), independentemente da sua dimensão, o que pode ser de cabimento duvidoso<sup>16</sup>. Note-se que a Directiva, nos artigos 20.º e seguintes, apenas obriga à harmonização relativamente à pessoa singular empresária, tendo todavia o legislador português adoptado as medidas de transposição relativamente a todos os devedores pessoas singulares, incluindo consumidores<sup>17/18</sup>.

---

<sup>16</sup> Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, p. 613, propõe o tratamento autónomo do sobre-endividamento dos consumidores, em lei própria.

<sup>17</sup> O que é admitido pelo artigo 1.º, n.º 4, da Directiva.

<sup>18</sup> A Directiva veio afastar-se, quanto ao âmbito de aplicação do “processo suscetível de conduzir ao perdão total da dívida”, do disposto no artigo 19.º da *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a meios preventivos de reestruturação, segunda oportunidade e medidas de melhoramento da e ciência dos processos de reestruturação, insolvência e exoneração do passivo restante e à alteração da Directiva 2012/30/UE*, na medida em que este se referia a empresários sobre-endividados – e, portanto, ainda não necessariamente insolventes. Se o texto final da Directiva tivesse seguido este caminho, a sua transposição teria levado, no direito português, a que pudessem ter acesso à exoneração do passivo restante empresários em situação de pré-insolvência. Mas o artigo 20.º da Directiva veio exigir, apenas, que os Estados-membros assegurem que os empresários insolventes tenham acesso a um processo deste tipo, pelo que o problema, abordado por Adelaide Menezes LEITÃO em

Curiosamente, também ao Sistema Público de Apoio à Conciliação no Sobre-Endividamento (SISPACSE) podem recorrer “pessoas singulares, residentes em território nacional, que se encontrem em situação de mora, na sua iminência, ou de não cumprimento definitivo de obrigações de natureza pecuniária, independentemente de atuarem na qualidade de consumidores” – ou de empresários em nome individual, acrescenta-se. Então, temos dois mecanismos distintos com o mesmo âmbito subjectivo de aplicação, o que acaba por levar a que, afinal, nenhum deles esteja particularmente vocacionado para empresários pessoas singulares ou para consumidores.

Paralelamente, embora o CIRE não excepcione do recurso à exoneração do passivo restante aqueles devedores que tenham pendente um SISPACSE, o n.º 5 do artigo 4.º do DL n.º 105/2020, de 23 de Dezembro, diploma que o regula, determina que este procedimento cessa, de imediato, caso o devedor seja declarado insolvente ou se apresente à insolvência, nos termos do disposto no artigo 28.º do CIRE, condição para que venha a pedir a exoneração do passivo restante. Mas nada na lei parece impedir um devedor que tenha recorrido ao SISPACSE, tendo aí obtido acordo com os credores, de requerer posteriormente a exoneração do passivo restante em processo de insolvência.

Depois, ainda em sede de âmbito de aplicação, haveria que esclarecer se pode beneficiar da exoneração do passivo restante a pessoa que não possua qualquer património e/ou rendimento. Tem-se entendido que, apesar de a lei prever um período de cessão do rendimento disponível, a sua mera inexistência não constitui fundamento para, no despacho inicial, se indeferir o pedido<sup>19</sup>, mas esse ponto não está

---

“Contributos sobre a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a meios preventivos de reestruturação, segunda oportunidade e medidas de melhoramento da e ciência dos processos de reestruturação, insolvência e exoneração do passivo restante e à alteração da Diretiva 2012/30/UE”, in *Revista de Direito das Sociedades* 8/4 (2016) 1019-1043, 1037 ss., deixou de se colocar.

<sup>19</sup> Cfr., por exemplo, o acórdão do TRP, de 5 de Novembro de 2007 (Pinto Ferreira); e o acórdão do TRG, de 4 de Março de 2021 (Ramos Lopes), in <www.dgsi.pt>. Mas já parece que constituirá fundamento para indeferimento liminar o facto de o devedor não ter qualquer rendimento nem se afigurar previsível que venha a dispor de rendimentos durante os anos seguintes ao encerramento do processo de insolvência, como foi decidido no acórdão do TRP, de 24 de Setembro de 2013 (Rodrigues Pires): “[a] circunstância de o insolvente não possuir quaisquer bens ou rendimentos disponíveis não é, por si só, fundamento para proceder ao indeferimento liminar do pedido de exoneração do passivo restante. (...) Esse indeferimento liminar só poderia

legalmente esclarecido<sup>20</sup> e poderia tê-lo sido.

## 2. A interpretação da alínea d) do n.º 1 do artigo 238.º

O artigo 238.º, n.º 1, enumera, nas suas diversas alíneas, os motivos de indeferimento a que a lei chama liminar (apesar de não prescindir, em certos casos, de um juízo de mérito por parte do juiz) do pedido de exoneração do passivo restante<sup>21</sup>. Um desses motivos é o que consta da alínea d): o pedido deve ser indeferido se “[o] devedor tiver incumprido o dever de apresentação à insolvência ou, não estando obrigado a se apresentar, se tiver abtido dessa apresentação nos seis meses seguintes à verificação da situação de insolvência, com prejuízo em qualquer dos casos para os credores, e sabendo, ou não podendo ignorar sem culpa grave, não existir qualquer perspectiva séria de melhoria da sua situação económica”.

Relativamente à causação de prejuízo aos credores, não pode vislumbrar-se no texto legal uma presunção, devendo portanto esse prejuízo ser provado para que haja indeferimento. Porém, os tribunais têm seguido orientações distintas, fazendo em alguns casos presumir esse prejuízo<sup>22</sup>. Neste âmbito, ainda se discute se o avolumar dos juros

---

eventualmente ocorrer se o insolvente não tivesse qualquer rendimento e não se afigurasse previsível que viesse a dispor de rendimentos durante os cinco anos seguintes ao encerramento do processo de insolvência, ou tendo-o, não se disponibilizasse a ceder qualquer parte desse seu rendimento, uma vez que, neste caso, o seu comportamento mostrar-se-ia incompatível com uma das condições impostas pelo art. 236º do CIRE – a declaração de que o devedor se dispõe a observar todas as condições exigidas nos artigos seguintes, entre as quais se destaca a cessão do rendimento disponível (art. 239º)”.

<sup>20</sup> Cfr. Luís M. MARTINS, *Recuperação de Pessoas Singulares*, vol. 1, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, 120.

<sup>21</sup> E na jurisprudência tem sido esclarecido que a oposição dos credores ao deferimento do pedido de exoneração do passivo restante não é, por si só, fundamento legal para o indeferimento desse pedido. Cfr., nomeadamente, o acórdão do TRP, de 23 de Outubro de 2008 (Ana Paula Lobo), e o acórdão do TRL, de 16 de Setembro de 2010 (Esagüy Martins).

<sup>22</sup> Cfr., entre muitos outros, o acórdão do TRC, de 7 de Setembro de 2010 (Artur Dias): “[n]o incidente de exoneração do passivo restante, apurado que o requerente incumpriu o dever de apresentação à insolvência ou, não tendo tal dever, não se apresentou no prazo de seis meses previsto na al. d) do n.º 1 do art.º 238º do CIRE, é lícito presumir judicialmente o prejuízo para os credores”. Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 618, nota que, então, não se justificaria a autonomização deste requisito, devendo ser lido articuladamente com os restantes.

devidos pelo atraso no cumprimento de obrigações pecuniárias é suficiente para se considerar, para este efeito, a causação de prejuízo aos credores<sup>23/24</sup>. Deveriam ter-se esclarecido estes pontos na intervenção legislativa agora levada a cabo – ou eliminando este requisito, ou esclarecendo o seu âmbito e se a sua verificação se presume<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Como se entendeu, por exemplo, no acórdão do TRL, de 30 de Junho de 2011 (Rosa Ribeiro Coelho): “[o] atraso na apresentação à insolvência causa prejuízo aos credores quando existem dívidas vencidas em que o decurso do tempo implica o sucessivo vencimento de juros de mora, assim levando ao crescimento do valor das dívidas”. No mesmo sentido, também, cfr. o acórdão do TRG, de 3 de Dezembro de 2009 (Conceição Saavedra): “[o] agravamento do débito decorrente do agravamento dos juros moratórios não corresponde, as mais das vezes, a uma valorização do património que por ele responde. Ao contrário, com o decurso do tempo o património em geral desvaloriza-se, quando não se perde, e quanto mais passa o tempo mais se acentua a descompensação entre as duas realidades. Assim, quanto mais tarde se proceder à liquidação do património dos insolventes para pagamento aos credores, menor é a possibilidade da satisfação destes. Nessa medida pode afirmar-se que dessa simples circunstância decorre sempre um prejuízo para os credores com o atraso na apresentação à insolvência”. Mas em sentido contrário cfr., nomeadamente, o acórdão do TRC, de 23 de Fevereiro de 2010 (Alberto Ruço): “[o] prejuízo para os credores, a que alude a al. d), do n.º 1, do artigo 238.º do CIRE, resultante da apresentação do devedor em juízo após terem passado mais de seis meses sobre o conhecimento da sua própria insolvência, não decorre automaticamente da passagem do tempo e vencimento de juros, tratando-se antes de um prejuízo concreto, a demonstrar a partir de factos já apurados no processo”; o acórdão do TRP, de 24 de Março de 2011 (Leonel Serôdio): “[o]ra, se se entende que pelo facto de o devedor se atrasar a apresentar-se à insolvência resultavam automaticamente prejuízos para os credores, então não se compreendia por que razão o legislador autonomizou o requisito de prejuízo. Só se compreende esta autonomização se este prejuízo não resultar automaticamente do atraso, mas sim de factos de onde se possa concluir que o devedor teve uma conduta ilícita, desonesta, pouco transparente e de má fé e que dessa conduta resultaram prejuízos para os credores”; e o acórdão do TRC, de 7 de Setembro de 2021 (Arlindo Oliveira): “[o] retardamento na apresentação à insolvência não é, *ipso facto*, causa de prejuízos para os credores, devendo exigir-se um nexo de causalidade entre a não apresentação atempada à insolvência e o prejuízo para os credores que, em qualquer caso, deve ser irreversível e grave e tem de ser tal que implique patente agravamento da situação dos credores que, assim, ficam mais onerados pela atitude culposa do devedor”.

<sup>24</sup> Sobre estes pontos e as distintas orientações na jurisprudência, veja-se a fundamentação do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de Maio de 2021 (Carlos Gil), in <dgsi.pt>. Para a análise do debate doutrinal, cfr. Leticia Marques COSTA, *A Insolvência de Pessoas Singulares*, 124 ss.

<sup>25</sup> A exemplo do que aconteceu relativamente à interpretação do disposto no artigo 186.º, n.º 3.

Ainda no contexto da interpretação desta alínea, também se colocam dúvidas quanto a saber se a mera existência de determinadas situações de facto, como o desemprego do devedor, pode fazer presumir o seu conhecimento, ou desconhecimento com culpa grave, da inexistência de perspectiva séria da sua recuperação económica<sup>26</sup>; ou se, ao invés, nomeadamente, “[a] mera circunstância de estar a receber subsídio de desemprego tem subjacente a procura activa de emprego por parte do devedor”, “pois tal postura é um pressuposto daquela atribuição”, considerando-se por isso razoável que, antes de se apresentar a insolvência, um devedor desempregado, nestes casos, tenha a legítima expectativa de conseguir novo emprego ou de receber os valores e indemnização a que tenha direito pela cessação do contrato de trabalho, que lhe permitiriam liquidar pontualmente as suas obrigações<sup>27</sup>. Não tem sido pacífica a interpretação de mais este segmento do preceito em análise, que poderia ter sido esclarecido com esta intervenção legislativa.

Finalmente, tem existido divergência interpretativa relativamente ao ónus de alegação e prova dos factos que, nos termos do artigo 238.º, n.º 1, levam ao indeferimento liminar do pedido de exoneração, particularmente no que respeita à alínea *d*) – foi frequentemente decidido nos tribunais superiores que este ónus impende sobre os devedores, nomeadamente com base no disposto no artigo 236.º, n.º 3<sup>28</sup>; mas tem sido maioritariamente decidido que, tendo estes factos natureza impeditiva da pretensão do devedor, esse ónus impende sobre o administrador e os credores da insolvência<sup>29</sup>. Também este ponto poderia ter sido clarificado com a intervenção legislativa que aqui se analisa.

---

<sup>26</sup> O que não se confunde com o facto de, já numa situação de significativo incumprimento e numa fase em que já estavam decorridos os seis meses seguintes à verificação da situação de insolvência, o devedor ter rescindido por mútuo acordo com a entidade empregadora o contrato de trabalho, com a consequente diminuição dos seus rendimentos, como foi apreciado no acórdão do TRP, de 10 de Setembro de 2013 (José Igreja Matos) – aqui, será inequívoco que se encontram plenamente preenchidos os requisitos definidos no artigo 238.º, n.º 1, alínea *d*).

<sup>27</sup> Cfr. o acórdão do TRL, de 16 de Outubro de 2012 (Gouveia Barros).

<sup>28</sup> Cfr. o acórdão do TRG, de 5 de Abril de 2010 (Rosa Tching).

<sup>29</sup> Cfr., nomeadamente, o acórdão do STJ, de 6 de Junho de 2011 (Fernandes do Vale) e o acórdão do TRC, de 7 de Setembro de 2021 (Arlindo Oliveira).

### 3. Os critérios para a determinação do que seja razoavelmente necessário para o sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar

Na determinação do que não constitui rendimento disponível, a ceder ao fiduciário, determina-se na alínea *b*) do n.º 3 do artigo 239.º que não o integra, nomeadamente, o que seja “razoavelmente necessário” para o “sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar”, não devendo exceder, salvo decisão fundamentada do juiz em contrário, três vezes o salário mínimo nacional. Como se pode inferir facilmente, trata-se de matéria de grande relevo, quer para os credores quer para o devedor.

Encontramos nesta sede conceitos de grande indeterminação (“razoavelmente necessário”, “sustento minimamente digno”) e um limite máximo (“três vezes o salário mínimo nacional”), que afinal não o é sempre que exista “decisão fundamentada do juiz”, sem que, todavia, se enunciem quaisquer critérios que possam fundamentar essa decisão. Pois bem, a determinação do rendimento do devedor que não deve ser considerado disponível para este efeito tem encontrado as respostas mais díspares na nossa jurisprudência.

Compreende-se o recurso, nesta sede, a conceitos indeterminados, que permitam a adaptação das normas à situação concreta de cada devedor e do seu agregado familiar. Também se compreende a fixação do limite máximo indicativo, a afastar sempre que as circunstâncias do caso o justifiquem. Mas talvez fosse de, em matérias tão importantes, complementar estas técnicas legislativas com a enumeração, ainda que exemplificativa, de circunstâncias a ter em conta no preenchimento dos conceitos indeterminados e de critérios a considerar na fundamentação de uma decisão de afastamento do limite máximo previsto (*v.g.*, o número de membros que compõem o agregado familiar, doenças crónicas do devedor e/ou de membros do seu agregado familiar, especiais necessidades educativas dos seus dependentes); e esclarecer aquilo que tem sido afirmado pela doutrina e que parece justificar os efeitos de uma decisão final de exoneração: tem de haver um custo visível no teor e qualidade de vida dos insolventes<sup>30</sup>, de modo a que a conciliação dos

---

<sup>30</sup> Cfr. Alexandre de Soveral MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 626 ss., nota 57. Na jurisprudência dos tribunais superiores, atente-se, por exemplo, no que é afirmado no acórdão do TRE, de 16 de Janeiro de 2020 (Vítor Sequinho):

diversos interesses a tutelar neste mecanismo implique sacrifícios tanto do devedor insolvente como dos seus credores – e, ainda, de modo a que o devedor seja obrigado a adoptar um estilo de vida distinto daquele que tinha até então e que o conduziu a uma situação de insolvência.

#### 4. A interpretação do disposto na primeira parte do n.º 1 do artigo 241.º

O fiduciário deve, nos termos do disposto na primeira parte do n.º 1 do artigo 241.º, “notifica[r] a cessão dos rendimentos do devedor àqueles de quem ele tenha direito a havê-los”. Mas a determinação do conteúdo desta notificação não é evidente: não se esclarece se a notificação deve indicar a parte dos rendimentos excluída da cessão pelo artigo 239.º, n.º 3, ou deve apenas notificar a cessão da totalidade dos rendimentos.

A diferença não é pouco relevante: no primeiro caso, aqueles de quem o devedor tem a haver rendimentos apenas entregariam ao fiduciário a parte do rendimento que se considera disponível, entregando directamente ao devedor os montantes excluídos da cessão; no segundo caso, admite-se que o fiduciário receba a totalidade dos rendimentos do devedor e só depois lhe entregue a parte excluída da cessão. A doutrina tende a considerar que esta norma deve ser interpretada com este último sentido<sup>31</sup>; e até poderá ser considerada em abuso do direito a actuação do fiduciário que notifique para a entrega da totalidade dos rendimentos do devedor, para depois lhe devolver a parte excluída da cessão (numa situação equiparável à de *dolo facit, qui petit, quod statim redditurus est*, pois por esta via estar-se-ia a privar o devedor da percepção imediata dos seus rendimentos que não são objecto

---

“[o] devedor não pode ter a expectativa de, durante o período da cessão, manter o padrão de vida a que ele e o seu agregado familiar estavam habituados antes da declaração de insolvência”; sendo certo que, como se afirma no acórdão do TRG, de 10 de Julho de 2019 (José Cravo), “[e]ste sacrifício imposto ao devedor tem, no entanto, o reverso de o libertar das dívidas decorrido esse período, permitindo-lhe recomeçar de novo, totalmente desonerado, como uma espécie de solução de compromisso entre o devedor e os credores, entre dois pratos da balança, que se equilibram na conjugação recíproca de direitos e obrigações”.

<sup>31</sup> Cfr. José Gonçalves FERREIRA, *A Exoneração do Passivo Restante*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 88; Alexandre de Soveral MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 635.

de cessão, numa situação que já é de fragilidade e sacrifício evidentes, para depois necessariamente lhos devolver). Mas impunha-se esta clarificação no texto legal.

### **5. O âmbito de aplicação do artigo 242.º**

Outro ponto que a Lei n.º 9/2022 não veio esclarecer é o que respeita à determinação do alcance do artigo 242.º, desde logo do seu n.º 1, cujo texto é o seguinte: “[n]ão são permitidas quaisquer execuções sobre os bens do devedor destinadas à satisfação dos créditos sobre a insolvência, durante o período da cessão”. Por seu turno, o número 2 estabelece que é nula a concessão de vantagens especiais a um credor da insolvência pelo devedor ou por terceiro. E o n.º 3 determina que a compensação entre dívidas da insolvência e obrigações de um credor sobre a insolvência apenas é lícita nas condições em que seria admissível durante a pendência do processo.

Pois bem, tem sido discutido se as normas deste artigo se aplicam a todos os credores do devedor insolvente, ou apenas aos credores cujos créditos são abrangidos pelos efeitos do despacho final de exoneração.

Tem-se defendido a primeira interpretação – quanto ao n.º 1, com o argumento de que apenas com o despacho final se conhecem os créditos abrangidos e os créditos excluídos para efeitos de extinção<sup>32</sup>. Mas também pode adiantar-se um argumento ligado à protecção dos credores cujos interesses, afinal, serão sacrificados com a exoneração – o seu sacrifício seria injustamente aumentado se, entretanto, se permitisse aos restantes a execução do património do devedor para a satisfação dos seus créditos.

### **6. A lacuna relativamente aos efeitos da cessação antecipada do procedimento de exoneração regulado no artigo 243.º**

Como já se referiu *supra*, foi pela Lei n.º 9/2022 introduzida uma alteração ao artigo 243.º (especificamente, ao seu n.º 2), no que respeita ao encurtamento do prazo para ser requerida a cessação antecipada do procedimento de exoneração. Todavia, continua a não existir previsão legal expressa dos efeitos desta cessação antecipada, lacuna que tem sido integrada pela doutrina com o recurso à aplicação analógica

---

<sup>32</sup> Cfr. Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 622.

do disposto, relativamente à revogação da exoneração, no artigo 246.º, n.º 4, com as necessárias adaptações – então, com o sentido de que a cessação antecipada importará a subsistência de todos os créditos sobre a insolvência, na estrita medida em que ainda não tiverem sido pagos<sup>33</sup>.

A intervenção legislativa neste artigo deveria ter colmatado esta lacuna<sup>34</sup>, mas tal não aconteceu, pelo que continuará a caber ao intérprete o papel de a preencher.

## 7. A interpretação da alínea b) do n.º 2 do artigo 245.º

No que respeita aos efeitos da exoneração, determina-se no artigo 245.º, n.º 1, que ela “importa a extinção de todos os créditos sobre a insolvência que ainda subsistam à data em que é concedida”, sem excepção, com se viu *supra*, daqueles que não tenham sido reclamados e verificados. Mas abrem-se, no n.º 2 do mesmo artigo, excepções a esta regra, destacando-se aqui a prevista na alínea b): “[a]s indemnizações devidas por factos ilícitos dolosos praticados pelo devedor, que hajam sido reclamadas nessa qualidade”. Pois bem, resulta claramente do texto legal que esta excepção não abrange as indemnizações devidas por

---

<sup>33</sup> Cfr. Luís Carvalho FERNANDES, “A exoneração do passivo restante na insolvência das pessoas singulares”, in *Colectânea de Estudos Sobre a Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2009, 275-309, 290 ss.

<sup>34</sup> E ainda pode entender-se que subsiste a necessidade de, em sede de cessação antecipada do procedimento de exoneração, esclarecer se no caso de ela se fundar em decisão do incidente de qualificação da insolvência que tiver concluído pela existência de culpa do devedor na criação ou agravamento da situação de insolvência (hipótese prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 243.º) continua a ser necessário o “requerimento fundamentado de algum credor da insolvência, do administrador da insolvência, se estiver ainda em funções, ou do fiduciário, caso este tenha sido incumbido de fiscalizar o cumprimento das obrigações do devedor”, tal como exige o corpo no n.º 2 do artigo 243.º – ou se, como se defende entre nós (cfr. Letícia Marques COSTA, *A Insolvência de Pessoas Singulares*, 148 ss.), ela poderá ser de iniciativa oficiosa do juiz. Resulta apenas da interpretação do n.º 3 deste artigo que o juiz, neste caso, fica dispensado de “ouvir o devedor, o fiduciário e os credores da insolvência antes de decidir a questão”, mantendo-se aparentemente a necessidade do referido requerimento. Isto pode não parecer razoável quando o facto que fundamenta a cessação antecipada reveste tal gravidade e dependeu já de apreciação e despacho do juiz. Mas pode, na verdade, ser mais benéfico para a generalidade dos credores da insolvência que o procedimento não cesse antecipadamente se, *in casu*, se afigurar que por ele se pode obter uma melhor satisfação dos créditos, pelo que não repugna que se mantenha a necessidade deste impulso processual, dispensada que está já a audição do devedor, dos credores da insolvência e do fiduciário para a decisão.

facto ilícito negligente, o que afasta dúvidas. Mas o mesmo não pode afirmar-se quanto às indemnizações devidas por facto ilícito doloso contratual<sup>35</sup>, pelo que a doutrina tem discutido a pertinência de uma interpretação restritiva da norma, de modo a considerar-se que apenas estarão excepcionadas da extinção as indemnizações devidas por facto ilícito doloso extracontratual, extinguindo-se os créditos emergentes da violação de um contrato, do mesmo modo que se extinguem, naturalmente, os próprios créditos emergentes desse contrato<sup>36</sup>.

A verdade é que a intervenção legislativa poderia e deveria ter esclarecido, num ou no outro sentido, mais esta dúvida, mas não o fez, pelo que se mantém a incerteza, neste ponto relevante, quanto aos efeitos da exoneração.

## **8. A questão do prazo para o decretamento da revogação da exoneração do passivo restante**

Estabelece-se no artigo 246.º, n.º 2, que “[a] revogação apenas pode ser decretada até ao termo do ano subsequente ao trânsito em julgado do despacho de exoneração”. Podemos então afirmar que nos estritos termos da lei o prazo de um ano subsequente ao trânsito em julgado do despacho de exoneração vale para o seu decretamento.

Porém, tendo em conta que a revogação pode ser requerida por um credor da insolvência, nos termos da segunda parte do mesmo preceito, e que não se fixa prazo para esse requerimento, tem-se defendido na doutrina que o prazo de um ano subsequente ao trânsito em julgado do despacho de exoneração vale para o requerimento de credores – e não para o seu decretamento<sup>37</sup>.

A Lei n.º 9/2022 também não veio esclarecer este ponto, o que poderia ter feito, alterando a redacção da norma ou fixando um prazo distinto para o requerimento dos credores.

Em conclusão, pode afirmar-se que foi, nesta intervenção legislativa, desperdiçada uma excelente oportunidade de clarificação e

---

<sup>35</sup> Luís Carvalho FERNANDES / João LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 871, criticam a solução que resulta de uma interpretação declarativa do texto da lei.

<sup>36</sup> Cfr. Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 627.

<sup>37</sup> Cfr. Luís Carvalho FERNANDES, “A exoneração do passivo restante na insolvência das pessoas singulares”, 306; Alexandre de Soveral MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 652, nota 124, acompanha.

correção de vários aspectos do regime da exoneração do passivo restante que se apresentam lacunosos ou passíveis de gerar sérios problemas interpretativos.

## Bibliografia

- COSTA, Leticia Marques, *A Insolvência de Pessoas Singulares*, Coimbra: Almedina, 2021.
- CRISTAS, Assunção, “Exoneração do devedor pelo passivo restante”, in Themis, edição especial *Novo Direito da Insolvência*, 2005, 165-182.
- FERNANDES, Luís Carvalho, “A exoneração do passivo restante na insolvência das pessoas singulares”, in *Colectânea de Estudos Sobre a Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2009, 275-309.
- FERNANDES, LUÍS CARVALHO / LABAREDA, JOÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª ed., Lisboa: Quid Iuris, 2015.
- FERREIRA, José Gonçalves, *A Exoneração do Passivo Restante*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- LEITÃO, Adelaide Menezes, “Contributos sobre a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a meios preventivos de reestruturação, segunda oportunidade e medidas de melhoria da e ciência dos processos de reestruturação, insolvência e exoneração do passivo restante e à alteração da Diretiva 2012/30/UE”, in *Revista de Direito das Sociedades* 8/4 (2016) 1019-1043.
- MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022.
- MARTINS, Luís M., *Recuperação de Pessoas Singulares*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012.
- PINTO, Paulo Mota, “Exoneração do passivo restante. Fundamento e constitucionalidade”, in III *Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2015, 175-195.
- SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021.
- SOUSA, António Frada de, “Exoneração do passivo restante e *forum shopping* na insolvência de pessoas singulares na União Europeia”, in *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, 57-98.



# La transposición de la directiva 2019/1023 en materia de exoneración de deudas: una visión luso-española

✉ [https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao\\_empresas/parte05\\_2](https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte05_2)

ÁLVARO SENDRA ALBIÑANA\*

*Resumen:* En el presente trabajo se realiza una aproximación a la ley 16/2022 de reforma de la ley concursal española a fin de transponer la denominada “*Directiva de reestructuraciones y segunda oportunidad*”. Se hará mención, al tiempo, a determinados paralelismos con la normativa portuguesa sobre el particular, y ello como culminación al Congreso Luso-Español que tuvo lugar a principios del mes de Junio de 2.022 promovido por el Instituto Jurídico de la Faculdade de Direito de la Universidad de Coimbra conjuntamente con el departamento de derecho mercantil “Manuel Broseta Pont” de la Universidad de Valencia.

*Palabras Clave:* España, Portugal, exoneración de deudas, transposición directiva, proyecto de ley, segunda oportunidad, ordenamiento jurídico, buena fe, crédito público.

*Abstract:* In the present work, an approximation is made to Law 16/2022 on the reform of the Spanish bankruptcy law in order to transpose the so-called “restructuring and second chance directive”. At the same time, mention will be made of certain parallels with the Portuguese regulations on the matter, and this as the culmination of the Luso-Spanish Congress that took place at the beginning of June 2022, promoted by the Legal Institute of the Faculty of Law of the University of Coimbra together with the Department of Commercial Law “Manuel Broseta Pont” of the University of Valencia.

*Keywords:* Spain, Portugal, debt exemption, directive transposition, bill, second chance, legal system, good faith, public credit

---

\* Doctor en derecho. Abogado y administrador concursal.

*Sumario:* I. Introducción. II. El modelo español vs el modelo portugués. III. El requisito de buena fe. 1. La comisión de determinados delitos. 2. La culpabilidad del concurso y la persona afectada por la calificación. 3. El incumplimiento de los deberes de colaboración e información. 4. Facilitar Información falsa o engañosa. 5. La referencia a la sanción por resolución administrativa firme por infracción tributaria, de ss u orden social o derivación de responsabilidad. IV. La reiteración en la solicitud. V. Deudas exoneradas y deudas no exoneradas. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

## Introducción

A principios del pasado mes de junio, invitado por el Dr. Gómez Asensio, profesor del Departamento de derecho mercantil “Manuel Broseta Pont” de la Universidad de Valencia, tuve la oportunidad de acudir a un encuentro Luso-Español celebrado en la Universidad de Coimbra (Portugal) en la que pudimos debatir sobre la transposición de la Directiva 2019/1023<sup>1</sup> a los ordenamientos jurídicos español y portugués. Mi humilde aportación tuvo por objeto el -entonces- proyecto de reforma de la ley concursal español en relación con la exoneración de deudas, compartiendo mesa de debate con la Dra. Doña María de Fátima Ribeiro de la Universidad Católica de Porto. Las primeras líneas del presente trabajo deben exteriorizar el agradecimiento por tan amable invitación y, al tiempo, mostrar mi más sincera felicitación a los organizadores de tan magnífico encuentro por el gran nivel logrado en todas las intervenciones producidas y el indudable interés que el congreso suscitó entre sus asistentes.

Dicho cuanto antecede, el objeto del presente trabajo se contrae a realizar un pequeño análisis de algunos aspectos sustanciales de la reforma de la ley concursal española con ocasión de la obligada transposición de la directiva comunitaria 2019/1023, haciendo especial hincapié en los paralelismos que la misma pueda mantener con la

---

<sup>1</sup> 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) publicada en el DOUE 172 (26 de junio de 2.019) 18-55.

regulación promulgada en el ordenamiento jurídico de nuestros vecinos portugueses con idéntico fin.

Al objeto de una mejor ilustración del presente trabajo, se quiere hacer constar que las referencias a la ley española lo son al texto publicado en el Boletín Oficial del Estado número 214 del martes 6 de septiembre de 2.020. La referencia a la normativa portuguesa, lo es a la Lei n.º 9/2022<sup>2</sup> de 11 de enero publicada en el Diário da República, 1ª serie, número 7 de 11 de enero de 2.022, a través de la cual se modifica el Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas<sup>3</sup> (CIRE).

## I. El Modelo Español vs El Modelo Portugués

Es bien sabido que el antiguo artículo 178 bis de la ley concursal<sup>4</sup> estableció para la exoneración del pasivo insatisfecho un modelo basado -casi exclusivamente- en la liquidación del patrimonio del deudor<sup>5</sup> que se asociaba, además, a la necesaria atención de un umbral de pasivo mínimo. Dicho umbral de pasivo venía asociado a la clasificación crediticia establecida en la legislación vigente.

Los artículos 488 y siguientes del texto refundido de la ley concursal<sup>6</sup> -como no podía ser de otra forma-, mantuvieron la estructura del sistema adoptando aquellas cuestiones<sup>7</sup> que se entendieron necesarias

---

<sup>2</sup> Puede consultarse el texto normativo en <<https://dre.pt/dre/detalhe/lei/9-2022-177455547>>.

<sup>3</sup> Decreto-Lei n.º 53/2004 publicado en el Diário da República nº66/2004, Série I-A de 2004-03-18. Puede consultarse el texto íntegro en <<https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/53-2004-538423>>.

<sup>4</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (BOE 164 de 10/07/2003).

<sup>5</sup> Recuérdese sobre el particular el artículo 242.Bis.10 de la extinta ley concursal e, igualmente, el artículo 706.1 del Texto refundido, en tanto en cuanto permitían “*escapar*” de la liquidación del patrimonio del deudor únicamente a los empresarios que hubieran acompañado a su solicitud de concurso una propuesta anticipada de convenio.

<sup>6</sup> Nos referimos al Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la ley concursal (BOE 127 de 7 de mayo de 2.020) en adelante se citará como TRLCon.

<sup>7</sup> Obviaremos, por no ser objeto del presente trabajo, cualquier mención a las extralimitaciones legislativas que hayan podido producirse, entre otras, en materia de exoneración del crédito público. Sobre tal aspecto puede verificarse nuestro trabajo Álvaro SENDRA ALBIÑANA, «Segunda oportunidad, crédito público y Texto

para la mejor armonización de la normativa. Ambos textos partían del deudor persona física sin distinción alguna en cuanto a la cualidad de empresario o consumidor, asumiendo la exigencia del requisito de buena fe como piedra angular sobre la que venía concretado el sistema.

Frente a tal regulación, y pese a que la directiva comunitaria 2019/1.023 permitía el mantenimiento del sistema español<sup>8</sup>, el legislador nacional ha optado por un cambio absoluto de paradigma, estableciendo un nuevo modelo articulado a través de dos fórmulas distintas de obtención de la exoneración, esto es, una primera basada en la reestructuración de deudas exonerables a través de un plan de pagos (artículos 495 a 500 bis de la ley), y otra basada en la liquidación de la masa activa del patrimonio del deudor o en la finalización del concurso por insuficiencia de masa (artículos 501 y 502), si bien, facilitando la posibilidad de cambio de modalidad desde el plan de pagos a la liquidación (artículo 500 bis) por tres motivos: la mera voluntad del deudor, la revocación de la exoneración provisional y la improcedencia de la exoneración definitiva, concurrentes ambas en la vía del plan de pagos o reestructuración de deuda<sup>9</sup>.

Se prescinde, en el nuevo modelo, de la asociación de la exonerabilidad de las deudas con el sistema de calificación de créditos establecido en la normativa concursal, obviándose, además, la necesaria atención de un umbral de pasivo para acceder a la liberación de deudas residuales.

La norma española regula la nueva exoneración del pasivo a través de veintisiete artículos incluidos en el libro primero, capítulo II, y se estructura a través de tres secciones, la segunda de las cuales se desglosa a su vez en cuatro subsecciones, mientras que la tercera lo hace en dos. La extensión regulatoria es significativa, más aún si la comparamos con el único precepto establecido en la antigua ley concursal o los diecisiete establecidos en su texto refundido.

---

Refundido de la Ley Concursal ¿ultra vires?, *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 34 (2021) 173-184.

<sup>8</sup> Véase sobre el particular el artículo 20.2 de la Directiva 2019/1023.

<sup>9</sup> Respecto al nuevo modelo español se ha dicho que su justificación viene dada por el enriquecimiento de la nueva regulación con orientaciones o disposiciones de derecho comparado. Vid Fernando AZOFRA VEGAS, «La exoneración del Pasivo insatisfecho», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 85-117.

Frente a la norma española, la Lei 9/2022 realiza algunas modificaciones del código de insolvencia portugués. La denominada “*exoneração de passivos insatisfechos*” se prevé en el título XII del código, y se desarrolla a través de dos capítulos, el primero de los cuales (artículos 235 a 248-A) regula los aspectos generales de la exoneración, para dedicar el segundo de los capítulos (artículos 249 a 266) a la insolvencia de no empresarios y titulares de pequeñas empresas<sup>10</sup>. Este segundo capítulo se subdivide, al tiempo, en tres secciones, una primera de disposiciones generales, una segunda destinada al plan de pagos y una tercera en la que se hace referencia a la insolvencia de ambos cónyuges. Por último, el título XIII del código hace referencia a diversos beneficios fiscales que también atañen a la exoneración del pasivo.

La exoneración del pasivo en Portugal se tramita inicialmente junto a la solicitud de concurso para el caso de que sea el deudor quien la interese en el plazo legal previsto para ello. De iniciarse el proceso concursal a instancias de los acreedores, se concederá al deudor el plazo de diez días para que formule tal solicitud. A diferencia por tanto de nuestro sistema, el portugués requiere que la solicitud de exoneración sea ya solicitada y evaluada desde el momento inicial de declaración de la insolvencia.

Sea como fuere, en el sistema general portugués lo sustancial es la simultánea designación de un fiduciario que se va a encargar de distribuir entre los acreedores la renta disponible del deudor durante cinco años. Como renta disponible debe entenderse los ingresos obtenidos por cualquier título del deudor, una vez excluidos determinados créditos relativos, fundamentalmente, a cubrir el sustento mínimo del deudor y su familia y el ejercicio por el deudor de su actividad profesional. Finalizado dicho plazo se confirmará la exoneración de deudas que le había sido inicialmente concedida al deudor a salvo que se haya producido una terminación anticipada del procedimiento (art 243) cuando concurran determinados motivos que impiden, al tiempo, la exoneración de deudas.

---

<sup>10</sup> Sobre la regulación portuguesa véase Santiago SENENT MARTÍNEZ, *Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, (2015) 330. Igualmente, VÍCTOR BASTANTE GRANELL, «Sobreendeudamiento e insolvencia del consumidor en Portugal», *Revista de Derecho Civil* 3 (2014); o Carlos MERCHÁN APARICIO, «Derecho comparado de sobreendeudamiento de la persona física: Argentina, Portugal, México, USA», *Revista Lex Mercatoria* 8 (2018).

El procedimiento específico de no empresarios y propietarios de pequeñas empresas requiere la inexistencia de deudas laborales, un determinado límite para el pasivo considerado en el concurso (300.000€), y un concreto número de acreedores que no puede resultar superior a 20, así como el hecho de que el deudor no debe haber sido titular de la explotación de ninguna sociedad en los tres años anteriores al inicio del concurso<sup>11</sup>. Verificadas tales circunstancias, la exoneración viene a través de la formulación de un plan de pagos cuyo contenido, aprobación y demás circunstancias se prevé en la Sección II del capítulo II (artículos 251 a 262 ambos inclusive)<sup>12</sup>.

## II. El Requisito de Buena Fe

Mientras el antiguo artículo 178.bis.3 de la LC y su equivalente en el texto refundido de la ley concursal (487.2) partían de una concreción del concepto de buena fe -criticable o no-, el nuevo texto<sup>13</sup> opta por omitir cualquier suerte de definición acerca del requisito, estableciendo su configuración por vía de excepción. Así, la concurrencia de determinadas actuaciones, hechos o circunstancias previstas en el artículo 487 de la ley impedirán al deudor la obtención del beneficio, circunstancia ésta que hace que la concurrencia de buena fe se articule bajo una suerte de presunción *iuris tantum* de su existencia<sup>14</sup>. Se trasladada así la carga de la prueba a los acreedores o, a aquellos otros legitimados que pretendan impedir la exoneración de deudas.

---

<sup>11</sup> Artículo 249.

<sup>12</sup> La mejor doctrina portuguesa ha venido entendiendo que mientras el primer capítulo se aplica a todas las personas naturales, el segundo tiene un ámbito más restringido circunscribiéndose a quienes cumplan los requisitos establecidos en el artículo 149. En tal sentido véase Alberto de Carvalho FERNANDES, «La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el Derecho portugués», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 3 (2005) 379.

<sup>13</sup> Sobre la buena fe en el entonces anteproyecto español puede verse Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, «Buena fe y exoneración de pasivo en el anteproyecto de reforma del texto refundido de la ley concursal», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 4 (2021).

<sup>14</sup> En realidad, tal regulación viene suscitada por la propia directiva europea. En tal sentido véase Luisa María ESTEBAN RAMOS, «Los acreedores: Los sujetos olvidados en la segunda oportunidad» *Revista General de Insolvencia & reestructuraciones* 4 (2021) 328.

En similar sentido, la norma portuguesa parte de una concesión de la exoneración inicial (artículos 236 y 237) que, sin embargo, podrá ser rechazada en determinadas circunstancias antes de su concesión (Vid artículo 238.1. *b*), *d*), *e*), *f*) y *g*). El requisito de buena fe se establece, por tanto, como premisa revocable en el caso de que concurran determinadas circunstancias cuya enumeración y sistemática es ciertamente mejorable habida cuenta la mescolanza que se realiza de cuestiones atinentes a la buena fe junto con plazos de prohibición de reiteración en la solicitud.

Procede analizar, someramente la coincidencia de determinadas excepciones en ambos ordenamientos jurídicos haciendo mención a sus diferencias y similitudes.

## 1. La comisión de determinados delitos

El número 1 del artículo 487 de la norma española establece, como excepción al requisito de concurrencia de buena fe, la comisión de determinados delitos castigados con penas privativas de libertad en los diez años anteriores a la solicitud<sup>15</sup>, si bien, ahora se va a permitir la exoneración de deudas una vez se ha producido la extinción de la responsabilidad criminal y la cancelación de los antecedentes penales. La novedad se produce también en tanto en cuanto se requiere, para que concurra la excepción, que la condena penal determinada por el correspondiente órgano judicial sea de tres o más años y conlleve privación de libertad.

El artículo 238.1.f) en la redacción dada por la Lei 9/2022 portuguesa establece la imposibilidad de obtención de la exoneración por parte del deudor que haya sido condenado por determinados delitos en los 10 años anteriores a la fecha de presentación de la solicitud del concurso.

La aparente coincidencia temporal entre ambas regulaciones se quiebra al establecer un diferente *dies a quo* para su cómputo, habida cuenta que mientras que la regulación proyectada española refiere el inicio del mismo a la solicitud de exoneración, la norma portuguesa se refiere a la fecha de presentación del concurso.

---

<sup>15</sup> El precepto coincide en lo sustancial con el artículo 487.1.2 TRLCon, como queda dicho ahora se exige una condena de tres o más años de privación de libertad.

En todo caso, tampoco la norma portuguesa prevé una suerte de enervación de tal causa impeditiva de obtención de la exoneración para el caso de extinción de responsabilidad criminal y atención de responsabilidad civil de delito como, por el contrario, si recoge nuestra norma.

Una somera comparación entre los delitos previstos en las normas comentadas<sup>16</sup> verifica que, frente a un amplio número de delitos ya previsto en la norma española (la actual es similar a su antecedente a salvo, entre otras cuestiones, de la posibilidad de dejar sin efecto el impedimento que nos ocupa como consecuencia de la extinción de responsabilidad penal y previa atención de la responsabilidad civil dimanante del delito), la norma portuguesa hace referencia únicamente a delitos de carácter patrimonial y, más concretamente, a delitos que guardan relación con la insolvencia.

Efectivamente, frente a los delitos contra el patrimonio, orden socio-económico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la seguridad social o contra los derechos de los trabajadores, la regulación portuguesa hace referencia únicamente (artículos 227 a 229 del código penal portugués) a delitos contra los derechos patrimoniales que se concretan en la insolvencia dolosa, la frustración de créditos, la insolvencia negligente, el favorecimiento de acreedores o la denominada agravación<sup>17</sup>, circunstancia ésta que a nuestro juicio tiene una mayor justificación y congruencia, habida cuenta que en términos de insolvencia, deudas, acreedores y concurso nos movemos.

## **2. La culpabilidad del concurso y la persona afectada por la calificación**

Como referíamos al inicio del presente apartado, el concepto de buena fe en la exoneración de deudas residuales en España ha venido

---

<sup>16</sup> Sobre el particular Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, «Buena fe y exoneración de pasivo en el anteproyecto de reforma del texto refundido de la ley concursal», 348.

<sup>17</sup> Véase el Capítulo IV “*Dos crimes contra direitos patrimoniais*” del título II “*Dos Crimes contra o Património*” del livro II del Decreto Lei 48/95 (Diário da República 63/1995, Série I-A de 1995-03-15, que contiene los siguientes artículos: Artigo 227.º Insolvência dolosa; Artigo 227.º-A Frustração de créditos, Artigo 228.º Insolvência negligente, Artigo 229.º Favorecimento de credores, Artigo 229º-A Agravação. Puede consultarse el texto legal en <<https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/48-1995-185720>>.

vinculado, desde el inicio de su regulación a la culpabilidad del concurso, al punto que la definición de buena fe contenida tanto en la extinta ley concursal como en su texto refundido incluía la ausencia de culpabilidad del concurso como circunstancia que integraba -junto a la ausencia de comisión de determinados delitos- el requisito de buena fe exigible para la obtención de la exoneración del pasivo insatisfecho. Únicamente por vía de excepción se facultaba al juez del concurso a la concesión de la exoneración - pese a la culpabilidad del concurso- en aquellos supuestos en los que éste se hubiese declarado de tal forma como consecuencia de una solicitud tardía de la ejecución colectiva<sup>18</sup>.

La ley española, con una mejorable redacción, permite atender a las circunstancias en que se hubiese producido el retraso. Aun cuando la norma no lo verifica, parece querer recoger su antecedente, permitiendo con ello al juez la concesión de la exoneración pese a la culpabilidad del concurso.

En relación a lo expuesto, nuestra ley recoge la imposibilidad de acceso a la exoneración para quien, en los diez años anteriores a la solicitud de exoneración, haya sido declarada persona afectada en la sentencia de calificación del concurso de un tercero salvo que hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad, circunstancia esta que puede dar lugar a la paradójica situación de poner en mejor condición a aquél deudor cuya conducta conlleva mayor reproche, habida cuenta que *ad exemplum*, a quien se le condena al déficit concursal<sup>19</sup> se le permite liberarse de la excepción mediante la atención de dicho déficit, circunstancia ésta que no concurre, obviamente, para quien no ha sido condenado a cubrir tal déficit<sup>20</sup>.

La letra d) del apartado 1 del artículo 238 de la norma portuguesa impide la obtención de la exoneración para el deudor que ha

---

<sup>18</sup> Sobre la crítica a tal previsión legal en la anterior normativa véase Álvaro SENDRA ALBIÑANA, “*El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*”, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.

<sup>19</sup> Véase el AUTO de 2 de diciembre de 2014 del Tribunal Supremo donde se mantiene, en esencia, la necesaria mayor justificación y gravedad de la actuación del deudor para condenarlo a cubrir el déficit concursal.

<sup>20</sup> Sobre la condena al déficit véase Ana Belén CAMPUZANO LAGUILLO, «El crédito de condena a la cobertura del déficit en el concurso de acreedores de las personas insolventes condenadas» in Carlos GÓMEZ ASENSIO, dir., “*La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*”, Cizur Menor: Aranzadi, 269-300.

incumplido la obligación de declarar el concurso. La letra e) del mismo número y precepto establece, de forma ciertamente más rigurosa -y quizás excesiva-, que el deudor no podrá obtener la liberación de sus deudas concursales cuando se presenten elementos que, “*con toda probabilidad*”, muestren la existencia de culpa en el agravamiento o creación de la situación de insolvencia. En tal sentido, véase que, a diferencia de la norma española, la portuguesa no parece requerir una sentencia firme de culpabilidad, sino únicamente la probabilidad de que la misma vaya a concurrir, circunstancia ésta que ya justifica la denegación.

Nótese, al tiempo, que el precepto se remite al artículo 186 del código de insolvencia portugués donde se recogen todas las causas de culpabilidad del concurso.

### 3. El incumplimiento de los deberes de colaboración e información

El número 5 del proyectado artículo 487 de la norma española, prevé una excepción a la concurrencia del requisito de buena fe cuando resultan incumplidos los deberes de colaboración e información con el juez del concurso y la administración concursal. El precepto es reproducción de aquél establecido en el número 2 del artículo 493 TRLCon y, con ligeras diferencias, de su precedente establecido en el artículo 178 bis.3.5.ii) LC.

Habida cuenta que el requisito de referencia ya constaba en la anterior regulación mediante su establecimiento en el sistema del plan de pagos, cabe reproducir aquí que, en realidad, el cumplimiento del deber de información ya fue valorado en la pieza de calificación, por lo que determinados autores establecen el requisito que ahora nos ocupa como redundante<sup>21</sup>. Otros autores entienden que ese deber de colaboración, que aquí se tipifica como requisito para la exoneración, no es coincidente, cualitativamente, con aquél otro que hubiera permitido la declaración de culpabilidad del concurso<sup>22</sup>.

La norma portuguesa regula de forma similar el requisito, si bien con una diferencia que nos parece sustancial. Así, la letra g) del

---

<sup>21</sup> VÍCTOR FERNÁNDEZ GONZÁLEZ / Leandro BLANCO GARCÍA-LOMAS / Enrique DÍAZ REVORIO, *El concurso de los acreedores de la persona física*, Madrid, La Ley, 2016, 393 p. ISBN: 9788490205020.

<sup>22</sup> José María FERNÁNDEZ SEIJO, *La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad*, Hospitalet de Llobregat: Bosch, 2015.

número 1 del artículo 238 del texto normativo ya referido establece que el incumplimiento de los deberes de información, presentación y colaboración deben de producirse para el deudor con culpa grave o dolo, circunstancias éstas que no concurren en la norma española. Ello hace ésta más severa que su análoga portuguesa, habida cuenta que la primera reconoce supuestos de culpa leve e incluso de culpa levísima y lo hace por vía de ausencia de concreción, por lo que debe entenderse que la norma hace referencia a cualquier forma de comisión (sea dolosa o culposa en sus diversos grados de materialización).

#### 4. Facilitar Información falsa o engañosa

Bajo el número 6º del artículo 487 de la ley española, se ha venido a introducir una novedad en sede de buena fe en materia de exoneración de deudas. Efectivamente, frente a la concreción de buena fe desde un punto de vista estrictamente normativo<sup>23</sup> - como se venía concibiendo hasta la fecha a la vista de la literalidad de los preceptos que la regulaban-, la nueva norma establece la posibilidad de que el juzgador, ante determinados hechos, proceda a valorar determinadas circunstancias con el objeto de evaluar la concurrencia de buena fe que permita el acceso a la exoneración.

Se trata de, aun prescindiendo de la sentencia de calificación del concurso, (entendemos que nos movemos en los supuestos de concursos fortuitos por cuanto de otro modo ya es claro que no concurre el requisito de buena fe según expuesto precedentemente) verificar la actuación del deudor a la hora de contraer mayores obligaciones crediticias. En esencia, la norma, al igual que se prevé en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno<sup>24</sup> permite al juzgador castigar el sobreendeudamiento activo, entendido por tal aquél en que el deudor no se

---

<sup>23</sup> Recuérdese el fundamento de derecho segundo de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2.019 (Ponente: Sancho Gargallo), que dejaba bien a las claras que el concepto de buena fe debía de ser puramente normativo y, por tanto, su concurrencia debía ajustarse al cumplimiento de ciertos requisitos legales sin posibilidad de valoración alguna.

<sup>24</sup> Véase el *Codice della Crisi e dell'Insolvenza* italiano, en cuyo artículo 284.b) se establece como causa impeditiva del acceso a la *esdebitazione*, entre otras circunstancias, el recurso abusivo al crédito (*fatto ricorso abusivo al crédito*). Puede consultarse el texto completo de la norma en <[https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/Rordorf\\_codice\\_crisi\\_insolvenza\\_5ott2017.pdf](https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/Rordorf_codice_crisi_insolvenza_5ott2017.pdf)>.

ha visto compelido a recurrir al crédito por situaciones excepcionales, desgraciadas y no queridas -ni buscadas- tales como enfermedades, despidos y/o divorcios entre otras. Más bien al contrario, la situación de insolvencia del deudor ha podido venir provocada por un excesivo, innecesario y temerario recurso al crédito de terceros, e incluso por la utilización de métodos fraudulentos para su obtención que hayan movido a su concedente a facilitarlos.

La valoración del juzgador debe realizarse de acuerdo a ciertos parámetros que le confiere la ley, como son la información patrimonial del deudor, el nivel social y profesional del mismo, sus circunstancias personales y la utilización de alertas tempranas en caso de personas físicas empresarias<sup>25</sup>.

En forma ciertamente distinta, pero con cierto paralelismo, la letra b) del número 1 del artículo 238 de la norma portuguesa no permite la obtención de la exoneración a quien haya facilitado información falsa o incompleta sobre su situación económica para la obtención de créditos o subvenciones o para evitar su reintegro. Llama la atención en primer lugar de la norma portuguesa su acotación temporal, contrariamente a cuanto acontece en la española. Así, mientras el precepto portugués establece un plazo de tres años anteriores al inicio del procedimiento concursal para que concurra la actuación ilícita que impida la exoneración, nada regula la norma española.

Además, nótese que la contravención que regula la norma española limita en cierta forma las conductas del deudor, ciñéndose a aquellas que resultan más reprobables y excluyendo, en consecuencia, una cierta temeridad o negligencia leve a la hora de contraer cierto endeudamiento. Más que ante una sanción al sobreendeudamiento activo, parece que el legislador portugués opta por excluir determinadas actuaciones de mayor lesividad para el mercado del crédito y/o el acceso a subvenciones, circunstancias estas que se refuerzan con el hecho de que la norma del país vecino requiera culpa grave o dolo, frente a la mera negligencia (entendida por tanto en sus variadas graduaciones) de la norma española.

---

<sup>25</sup> Sobre el particular véase más extensamente Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, «Buena fe y exoneración de pasivo en el anteproyecto de reforma del texto refundido de la ley concursal» 357.

## **5. La referencia a sanción por resolución administrativa firme por infracción tributaria, de SS u orden social o derivación de responsabilidad.**

En el exacerbado y obsesivo afán de nuestro legislador estatal por proteger el crédito público - hasta el punto de dejar sin contenido práctico determinadas instituciones concursales como la que nos ocupa-, la norma española introduce en el número 2 del apartado 1 del artículo 487 una excepción al requisito de buena fe que se establece bajo una fórmula de referencia administrativa. Así, la imposición de sanciones administrativas firmes por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social, o el dictado de un acuerdo firme de derivación de responsabilidad excluye la posibilidad de obtención del beneficio. La previsión normativa posibilita dejar sin efecto la excepción para aquellos casos en que se satisfaga la responsabilidad impuesta.

La regulación portuguesa no encuentra norma similar. La cuestión es ciertamente curiosa habida cuenta la coincidencia de ambas normativas en cuanto a la no exoneración de determinados créditos de carácter público, lo que es ciertamente demostrativo de que ciertas opciones de política legislativa -con independencia de su adecuación a la normativa comunitaria-<sup>26</sup> no necesariamente deben de conllevar una exacerbada y obsesiva super-protección del crédito público como ocurre en nuestra norma.

## **III. La Reiteración en la Solicitud**

En el momento de redacción del presente trabajo se encuentra vigente el Texto Refundido de la ley concursal. Dicho cuerpo legal contiene, en el número 3º del artículo 493, la única referencia temporal en relación a la posibilidad de reiterar la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho tras haber accedido a una primera obtención del mismo. Efectivamente, el referido precepto fija tal lapso temporal en diez años, y lo hace únicamente para la vía del plan de pagos regulada en los artículos 493 y siguientes, circunstancia ésta que hace más que

---

<sup>26</sup> Sobre el particular, más extensamente véase, Álvaro SENDRA ALBIÑANA, «A vueltas con el crédito público y la segunda oportunidad: análisis preliminar del anteproyecto de ley de reforma de la ley concursal», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal* 7 (2021).

dudoso que el referido plazo temporal hubiese sido aplicable al régimen general o también denominada vía automática.

El artículo 488 de la norma española acota temporalmente la posibilidad de reiteración en la solicitud y lo hace acortando los plazos inicialmente previstos en relación a la vía exoneratoria utilizada precedentemente. Así, para aquellos supuestos en que la nueva solicitud haya sido precedida de una exoneración mediante reestructuración de deuda (plan de pagos), el plazo que deba transcurrir hasta la nueva solicitud será de dos años a contar desde la exoneración definitiva. Por el contrario, para los supuestos en que la nueva solicitud provenga tras una liquidación del patrimonio del deudor, ese lapso temporal se aumenta hasta los 5<sup>27</sup> años a contar desde la resolución concediendo la exoneración. La norma establece que las sucesivas solicitudes no alcanzarán a la exoneración de los denominados créditos públicos.

Con independencia de la crítica que puede suponer la discriminación entre deudores al amparo de la vía escogida para la obtención de la exoneración, parece lógico aceptar un mayor plazo para los supuesto en que el deudor haya accedido por la vía de la liquidación de su patrimonio, habida cuenta que acceder a la exoneración nuevamente puede conllevar que se realice por la vía de la liquidación, lo que conllevará que el deudor no cuente con un mínimo patrimonio realizable (habida cuenta que el anterior fue liquidado en la solicitud y obtención previa) cuya realización pueda, en cierta forma, salvaguardar los derechos de los acreedores.

Sea como fuere, lo bien cierto es que la norma portuguesa ha venido a acoger el antiguo lapso temporal que establecía la norma española fijando (art 238.1.c) el rechazo de plano de la solicitud de exoneración si el deudor ya la ha obtenido en los 10 años anteriores al inicio del concurso, por lo que es bien obvio que la mayor restricción temporal establecida en nuestra ley, además de suponer una ventaja para los deudores, permite una mayor y mejor materialización de la institución de la liberación de deudas, pudiendo evitarse los efectos perversos y abusivos de la norma, mediante el recurso a la valoración de la buena fe

---

<sup>27</sup> Algunos autores han venido a verificar una suerte de continuidad en tal plazo con aquél otro establecido en el artículo 504.1 del TRLCon que sólo admite la reapertura dentro de los cinco años siguientes a la conclusión por liquidación o insuficiencia de masa. En tal sentido, Fernando AZOFRA VEGAS, «La exoneración del Pasivo insatisfecho», 266.

que puede realizar el juzgador en los términos ya expuestos. Nos resulta excesivo por tanto el plazo de 10 años establecido en la norma portuguesa habida cuenta que, en multitud de ocasiones, las desgracias que inducen a un sobreendeudamiento pasivo del deudor hacen aconsejable el recurso a una nueva exoneración en un breve espacio temporal.

#### IV. Deudas Exoneradas y Deudas No Exoneradas

El artículo 23.4 de la directiva 2019/1023<sup>28</sup>, permite a los estados miembros la exclusión de determinadas categorías de deuda, limitando el acceso a la exoneración o estableciendo plazos más largos para la obtención de la misma en casos debidamente justificados. Seguidamente, el precepto realiza una enumeración (letras a) a f) ambas inclusive) de diversas categorías de deuda sobre las que resulta posible operar en la forma expuesta. La previsión normativa debe de interpretarse de acuerdo al principio de plena exoneración de deudas previsto en el artículo 21.1 de la directiva<sup>29</sup>.

Dicho lo anterior, la ley española establece un elenco de deudas exonerables que excede cuantitativamente a aquel contenido en la directiva comunitaria. Así el artículo 489 bajo el título “*extensión de la exoneración*” establece como premisa el alcance de la exoneración a la “*totalidad de las deudas insatisfechas*” para, seguidamente, proceder a excepcionar aquellas enumeradas bajo los números 1º a 8º del número 1 del precepto.

La norma española excede a aquella previsión contenida en el ya mencionado artículo 23.4 de la directiva europea desde el momento en que adiciona dos categorías de deuda a las ya mencionadas en el precepto europeo. Así, las deudas por salarios correspondientes a los últimos 60 días de trabajo efectivo antes de la declaración de concurso en cuantía que no exceda del triple del SMI, así como los devengados durante el procedimiento, siempre que su pago no hubiera sido

---

<sup>28</sup> Recuérdese sobre el particular la corrección de errores operada sobre el artículo 23.4 de la directiva (DOUE número 43 de 24 de febrero de 2.022) añadiendo el adverbio “*como*” y remarcando el carácter enunciativo y no limitativo del elenco de deudas no exonerables previstas en la norma, posibilitándose así su incremento.

<sup>29</sup> En congruencia con el precepto véase el considerando 73 de la directiva en relación con el 81, en tanto en cuanto remarca la debida justificación para, entre otras cuestiones, ampliar el elenco de categorías de deuda exonerables.

asumido por el FOGASA (número 4º del apartado 1 del precepto) adquierien el carácter de deuda no exonerable.

Igualmente, el número 5º del mencionado apartado 1 del precepto establece como deuda no exonerable el denominado crédito público, si bien, durante la tramitación parlamentaria el mismo ha venido a dulcificarse habida cuenta la elevación del importe exento de crédito público<sup>30</sup>.

Aun cuando ya criticamos tal práctica (sobre todo en relación al crédito público) por entender que la misma no se adecuaba al requisito de justificación y principio de plena exoneración de deudas que preveía la directiva europea<sup>31</sup>, lo cierto y verdad es que la normativa portuguesa también prevé la no exonerabilidad del crédito fiscal.

Efectivamente, frente a la ampliación de deudas no exonerables que realiza la norma española respecto de la previsión de la directiva, la norma portuguesa opta por reducir<sup>32</sup> el número de deudas no exonerables. Así, el apartado 2 del artículo 245 -en sede de regulación general- establece únicamente cuatro categorías de deudas no exonerables, a saber, los créditos por alimentos (letra a)), las indemnizaciones debidas por hechos ilícitos dolosos cometidos por el deudor que haya sido reclamados en tal calidad (letra b)), los créditos por multas y otras sanciones pecuniarias por delitos o faltas (letra c)) y los ya mencionados créditos fiscales (letra d)).

---

<sup>30</sup> Véase sobre el particular la diferente redacción y límite establecido en el número 5 del apartado 1º del artículo 489 establecido en la norma que nos ocupa en relación al proyecto sometido a la consideración del congreso de los diputados (pueden consultarse las diferencias comentadas mediante el análisis de dichos artículos públicos en el Boletín oficial del congreso de los diputados Serie A de fechas 29 de junio de 2.022 y 2 de agosto del mismo año. La diferente redacción se produce con ocasión de la promulgación de diversas enmiendas en las que se proponía desde la simple eliminación del apartado 5º del artículo 489, a la restricción de la cuantía de la deuda al 50% o -enmienda 339- la limitación de la exoneración a 15.000€. Véanse sobre el particular las enmiendas 225, 226, 287, 40, 66, 67, 68, 339, 139 y 140 realizadas al artículo 489 del proyecto de ley. Pueden consultarse tales enmiendas en la publicación efectuada por el boletín oficial de las Cortes Generales, Congreso de los diputados, de 20 de abril de 2.022, número 84-3.

<sup>31</sup> Álvaro SENDRA ALBIÑANA, «A vueltas con el crédito público y la segunda oportunidad».

<sup>32</sup> El carácter enunciativo que se predica respecto del catálogo de deudas no exonerables previstas en el artículo 23.4 de la directiva no supone únicamente la posibilidad de su ampliación como ocurre en la española, sino también la reducción de las mismas como resulta de la ley portuguesa.

Del examen de tal precepto llama la atención sobremanera el hecho de la exclusión de determinadas categorías de deudas que, por el contrario, si constan enumeradas en el listado establecido en el número 4 del artículo 23 de la Directiva 2019/1023. Así, las deudas garantizadas, las deudas derivadas de la responsabilidad extracontractual y las deudas devengadas con ocasión del procedimiento tendente a la exoneración de deudas no constan incluidas como deudas no exonerables en el listado contenido en el ya citado artículo 245.

En cuanto a las deudas devengadas con ocasión del procedimiento, la cuestión viene matizada por el número 1 del artículo 240 que establece que son gastos a cargo del deudor la remuneración del síndico y el reembolso de sus gastos<sup>33</sup>.

Sorprende sobremanera que las deudas garantizadas -especialmente las hipotecas- no consten como deuda no exonerable<sup>34</sup> habida cuenta que en la mayoría de regímenes de derecho comparado<sup>35</sup> tal tipo de deudas resultan de atención ineludible – por tanto, no exonerables – habida cuenta su incidencia en el mercado de crédito.

## Conclusiones

I. la transposición de la directiva comunitaria al ordenamiento jurídico español ha sido aprovechada por nuestro legislador para proceder a un cambio total en el sistema de exoneración de deudas, prescindiéndose así del actual sistema de umbral de pasivo, de carácter cuasi exclusivamente liquidatorio, a un sistema de carácter dual, donde junto a la liquidación la masa activa, puede plantearse una reestructuración de deudas para el insolvente con ocasión de su acceso a la exoneración.

Frente a ello, el sistema portugués parte de una valoración inicial de la posibilidad de obtención de la exoneración, para someter al deudor a un sistema de retención de renta disponible a distribuir entre los acreedores. Además, el país vecino regula un sistema previsto para

---

<sup>33</sup> *Artigo 240º. Fiduciário. 1- A remuneração do fiduciário e o reembolso das suas despesas constitui encargo do devedor.*

<sup>34</sup> Véase en tal sentido la literalidad del propio artículo 245 e igualmente Victor BASTANTE GRANELL, “Sobreendeudamiento e insolvencia del consumidor en Portugal”, 131.

<sup>35</sup> Fernando AZOFRA VEGAS, «La exoneración del Pasivo insatisfecho», 264.

no empresarios y propietarios de pequeñas empresas que se basa en la aprobación de un plan de pagos.

II. El sistema portugués y el español parten de la presunción de la existencia de la buena fe del deudor en congruencia con las previsiones de la directiva comunitaria. El alcance de las excepciones que enervan la presunción es distinto en uno y otro sistema, siendo significativa la mayor concreción y limitado alcance que establece la norma portuguesa en relación a la comisión de determinados delitos cuya determinación guarda relación directa con el estado de insolvencia o con la crisis económica del deudor y ello frente a la norma española que, lejos de restringir el concreto detalle de delitos opta por su ampliación aun cuando los mismos carezcan de relación con la situación de insolvencia.

III. Frente a la limitación temporal de diez años para permitir la reiteración en la solicitud de exoneración de deudas establecida en la norma portuguesa, la española establece dos plazos dependiendo de la vía por la que se haya optado para la exoneración, fijándose en 3 y 5 años respectivamente. A nuestro juicio, el menor plazo establecido por nuestro legislador es más adecuado a la enorme casuística concurrente, habida cuenta la posibilidad de existencia de supuestos de endeudamiento pasivo pudiendo salvarse los supuestos de abuso de derecho mediante el recurso a la buena fe valorativa que permite ahora la norma.

IV. Siendo que la directiva comunitaria establece determinado catálogo de deudas no exonerables, y que la enumeración de tal tipo de deudas tiene carácter enunciativo, los estados miembros pueden ampliar -justificándolo debidamente- el elenco de deudas no exonerables. Al tiempo, pueden reducir el catálogo de deudas respecto de aquél que consta reseñado en la directiva comunitaria. Frente a la ampliación de deudas no exonerables desarrollada por España, nuestros vecinos portugueses han optado por reducir el elenco de deudas no exonerables. Destaca que ambas legislaciones -con matices- procedan a no exonerar el crédito público, y que Portugal opte por calificar como deuda exonerable las deudas garantizadas pese a la previsión de la directiva en sentido disímil.

## **Bibliografía**

AZOFRA VEGAS, Fernando «La exoneración del Pasivo insatisfecho», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 85-117.

- BASTANTE GRANELL, Víctor «Sobreendeudamiento e insolvencia del consumidor en Portugal», *Revista de Derecho Civil* 3 (2014).
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén «El crédito de condena a la cobertura del déficit en el concurso de acreedores de las personas insolventes condenadas» in Carlos GÓMEZ ASENSIO, dir., *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*, Cizur Menor: Aranzadi: 269-300.
- FERNANDES, Alberto de Carvalho, «La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el Derecho portugués», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 3 (2005) 379.
- ESTEBAN RAMOS, Luisa María «Los acreedores: Los sujetos olvidados en la segunda oportunidad» *Revista General de Insolvencia & reestructuraciones* 4 (2021) 328.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Víctor, BLANCO GARCÍA-LOMAS, Leandro, DÍAZ REVORIO, Enrique, *El concurso de los acreedores de la persona física*, Madrid: La Ley, 2016.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María, *La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad*, Hospitalet de Llobregat: Bosch, 2015.
- GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, Martín, «Buena fe y exoneración de pasivo en el anteproyecto de reforma del texto refundido de la ley concursal», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 4 (2021).
- MERCHÁN APARICIO, Carlos, «Derecho comparado de sobreendeudamiento de la persona física: Argentina, Portugal, México, USA», *Revista Lex Mercatoria* 8 (2018).
- SENDRA ALBIÑANA, Álvaro, «A vueltas con el crédito público y la segunda oportunidad: análisis preliminar del anteproyecto de ley de reforma de la ley concursal», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal* 7 (2021)
- «Segunda oportunidad, crédito público y Texto Refundido de la Ley Concursal ¿ultra vires?», *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 34 (2021) 173-184.
- “*El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*”, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.
- SEMENT MARTÍNEZ, Santiago, *Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2015.



---

PARTE VI

---

**COMUNICAÇÕES**  
**COMUNICACIONES**  
**(CALL FOR PAPERS)**



# La incorporación de la alerta temprana en la directiva 2019/1023 y los sistemas actuales de alerta temprana en el derecho español y portugués

[https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao\\_empresas/parte06\\_1](https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte06_1)

ANA RIVAS ARAGÓ\*

*Resumen:* La Directiva 2019/1023 con el objetivo de prevenir la insolvencia recoge una serie de mecanismos de alerta temprana con los que detectar a tiempo las dificultades financieras. Se describe el desarrollo de las herramientas de Alerta Temprana en España y Portugal. Asimismo, se indican los efectos de la trasposición de la Directiva 2019/1023 a la legislación de cada estado miembro.

*Palabras Clave:* **Directiva 2019/1023**, herramientas de Alerta Temprana, prevención de la insolvencia, dificultades financieras

*Abstract:* Directive 2019/1023, with the aim of preventing insolvency, includes a series of early warning mechanisms with which to detect financial difficulties in time. The development of early warning tools in Spain and Portugal is described. Likewise, the effects of the transposition of Directive 2019/1023 into the legislation of each member state are indicated.

*Keywords:* **Directive 2019/1023, early warning tools, insolvency prevention, financial difficulties**

*Sumario:* I. El sistema actual de Alerta Temprana en el Derecho español. II. El sistema actual de Alerta Temprana en el Derecho portugués. III. Una propuesta integrada de regulación de las herramientas de Alerta Temprana. IV. Bibliografía.

---

\* Profesora Derecho Mercantil VIU. Abogada.

## I. El Sistema Actual de Alerta Temprana en el Derecho Español

El perfil empresarial mayoritario español es el de la microempresa<sup>1</sup>, ya sea empresario individual o social, constituido como sociedad de responsabilidad limitada, muchas veces unipersonal<sup>2</sup>. Sin embargo, estas empresas son las que presentan mayores problemas para superar las situaciones de sobreendeudamiento e insolvencia, pues las microempresas son el perfil paradigmático de empresa concursada en España<sup>3</sup>.

Situados en este contexto, en Asturias, hace más de diez años, y tras la destrucción de muchas de las empresas como consecuencia de la crisis iniciada en el 2007, se consideró necesario impulsar medidas para actuar en tres frentes: poner en marcha mecanismos de Alerta Temprana, asesorar a las empresas en dificultades incluyendo servicios para la reestructuración y cierre ordenado en aquellas empresas cuya

---

<sup>1</sup> El número de empresas existente en España a 1 de enero de 2021, según el Directorio Central de Empresas (DIRCE), es de 3.366.570, de las cuales 3.361.898 son PYME (99,9%), de éstas, el 56,8% son PYME sin asalariados, y el 40,0% son microempresas (entre 1 y 9 asalariados). Las grandes con 250 o más asalariados representan el 0,1% del total de empresas. Por tanto, la práctica totalidad del tejido empresarial español (99,9%) está constituido por pequeñas y medianas empresas (PYME). Estructura y Dinámica Empresarial en España, marzo 2022. Disponible en <<chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.ipyme.org%2FPublicaciones%2FEstructura-Dinamica-Empresarial-2021.pdf&cflen=4662916>> (última visita 22 de abril de 2022).

<sup>2</sup> El porcentaje de constitución de sociedades unipersonales sobre el total de sociedades constituidas ha ido en incremento constante desde 2013, llegando al 42,86 % en 2019 según datos de Registro Mercantil Central (2020). *Estadística 2019*. Obtenida el 16 de diciembre de 2020, de <<http://www.rmc.es/documentacion/publico/ContenedorDocumentoPublico.aspx?arch=Estadisticas\ESTADISTICAS-2019.pdf>>. No se toma como referencia los datos correspondientes al año 2020 dado su carácter sesgado tanto por la vigencia del estado de alarma, como por la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso, factores ambos que imposibilitan su comparación con la serie histórica e impiden que 2020 pueda reflejar una imagen fidedigna de la realidad concursal española.

<sup>3</sup> Datos extraídos del INE (2020). Nota de prensa. *Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) Cuarto trimestre 2019 y año 2019*. Datos provisionales. Obtenida el 16 de diciembre de 2020, de <https://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0419.pdf>. No se toma como referencia los datos correspondientes al año 2020 dado su carácter sesgado tanto por la vigencia del estado de alarma, como por la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso, factores ambos que imposibilitan su comparación con la serie histórica e impiden que 2020 pueda reflejar una imagen fidedigna de la realidad concursal española.

viabilidad podía estar comprometida, reducir el estigma asociado al fracaso empresarial, mientras se rescataba el espíritu emprendedor de aquellas personas provenientes de una experiencia de fracaso.

Como consecuencia de lo anterior surgió la iniciativa «Programa de Prevención del Fracaso Empresarial y Fomento del Reemprendimiento»<sup>4</sup>. El Programa se estructuró a su vez en dos subprogramas: uno tenía el objetivo de ofrecer asesoramiento sobre las principales dificultades de la empresa focalizado en la dimensión económico-financiera (mecanismos de Alerta Temprana), al proporcionar información útil acerca de la existencia o no de problemas y, en su caso, buscar la respuesta idónea para solucionarlo.

Por otro lado, estaba el acompañamiento a las empresas en crisis, que empezaba por un examen del negocio en profundidad, con el que determinar el plan de actuación para superar las dificultades incluso con sesiones de formación. Asimismo, se diferenciaban en dos tipos de empresas las viables y las no viables y por tanto con distintos planes a seguir, en algunos casos, suponía un cierre ordenado de la misma.

Completaba esta iniciativa un programa de reemprendimiento, con el que se pretendía la reintegración social y económica de empresarios fallidos, y se apoyó la segunda oportunidad pues con ello se consigue mejorar el ámbito que envuelve al emprendedor, se vuelve más dinámico y no se ve como un riesgo inasumible el fracaso, utilizando la propia experiencia para mejorar.

Igualmente, se consideró que evitar el fracaso era posible si se diagnosticaba el problema a tiempo, siendo necesaria la formación e información en el campo financiero junto con la aplicación de herramientas de Alerta Temprana que identificaran a tiempo los problemas. En este sentido el programa incorporó una serie de servicios para diagnosticar la situación de las empresas desde una perspectiva global, tanto en lo concerniente a la estrategia o modelo de negocio, como en la gestión de todas y cada una de las áreas (comercialización y ventas, marketing, logística, rrhh, etc.); así como un programa de «Alerta Temprana» que específicamente se centraba en la identificación de

---

<sup>4</sup> María MONTES MIGUEL, «Mecanismos de alerta temprana: la prevención del fracaso y el fomento de reemprendimiento desde la experiencia práctica de una organización empresarial», in Matilde CUENA CASAS, dir., *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsable*, Aranzadi, 2017, 939-942.

dificultades financieras a través de la interpretación de las cuentas anuales de la empresa<sup>5</sup>.

Partiendo de estos antecedentes, y tras la reciente entrada en vigor de la Ley 16/2022<sup>6</sup>, las herramientas actuales de Alerta Temprana con las que cuenta España, son las siguientes:

En primer lugar, tal como se expone en el preámbulo de la referida Ley se van a establecer 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. Además, se mantendrá el cuestionario evaluativo de «Salud Empresarial», elaborado por la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa (SEGIPYME), a través de su página web<sup>7</sup>, que permite al deudor autodiagnosticarse, evaluándose cinco temas: la planificación y control, las relaciones comerciales (clientes y proveedores), recursos humanos, familia y vida personal, finanzas y gestión económica, así como el apoyo y asesoramiento legal, de cuyo resultado se desprende el estado de su situación económica.

También como medida de alerta, la ley establece que, en caso de ejecución judicial, si el ejecutado no señalare bienes susceptibles de embargo o el valor de los señalados fuera insuficiente para el fin de la ejecución, se introduce el deber a cargo del letrado de la Administración de Justicia de advertir al ejecutado de que, en caso de probabilidad

---

<sup>5</sup> En este sentido se pueden consultar las Memorias de actividades confeccionadas por FADE (Federación Asturiana de Empresarios) en los que se recoge información, datos y resultados sobre estos Programas a lo largo de los años. Disponible en <<https://web.fade.es/es/buscadorGeneral.do?tiposBusqueda=C%7CM%7CD&textoBusqueda=reemprendimiento>> (última visita 14 de abril de 2022).

<sup>6</sup> 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), publicada en el Boletín oficial del Estado el 6 de septiembre de 2022.

<sup>7</sup> Este auto cuestionario se encuentra disponible en la página de la SEGIPYME, dentro de la web del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, si bien con una compleja ruta de acceso telemático. Disponible en: <https://saludempresarial.ipyme.org/Home> (última visita 10 de abril de 2022).

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 pactar un plan de reestructuración de la deuda, con paralización de las ejecuciones durante esa negociación en los términos establecidos por la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, y aunque expresamente no se recoge en la Ley 16/2022 encargada de la transposición de la Directiva 2019/1023, está la herramienta «sos Empresa», desarrollada dentro del proyecto «Early Warning Europe» (EWE) por la Asociación de Autónomos y la Comunidad de Madrid, es un protocolo de actuación que incluye siete pasos: contacto de las empresas con el programa de la Comunidad de Madrid; contacto de los mentores con el interesado; entrevista inicial; análisis de la información, elaboración de un informe y evaluación del diagnóstico; Comité de Evaluación o reenvío a asesoramiento especializado; Informe final y monitorización<sup>8</sup>.

En tercer lugar y especialmente dirigido a las PYMES, se encuentra el deber de comunicación por parte de las entidades de crédito, en virtud de lo dispuesto en el Capítulo I “Derechos de las pymes en supuestos de cancelación o reducción del flujo de financiación”, art. 1-4 de la Ley 5/2015, de 27 de abril de Fomento de la Financiación Empresarial (LFFE)<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> La información sobre el proyecto, así como los formularios de contacto de las empresas para participar en el mismo se encuentra disponible en <<https://www.comunidad.madrid/servicios/empleo/programas-especificos-apoyo-emprendedores>>. Por su parte, el protocolo de actuación se encuentra disponible en: <[https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/solicitud\\_participacion\\_sos\\_empresa.pdf](https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/solicitud_participacion_sos_empresa.pdf)> (última visita el 10 de abril de 2022).

<sup>9</sup> En este sentido, el art.1 LFFE establece la obligación de la entidad de crédito de preavisar o advertir a la PYME, con una antelación mínima de 3 meses, de su intención de no prorrogar o extinguir el flujo de financiación o de disminuirlo en una cuantía igual o superior al 35%. Esta obligación de comunicación viene complementada con la que el art. 2.1 LFFE impone a la entidad de crédito de proporcionar gratuitamente a la PYME, dentro de los 10 días hábiles a contar desde el siguiente a la notificación anterior, el documento «*Información Financiera- PYME*», basado en toda la información que hubiere recabado de ella en relación con su flujo de financiación y datos históricos a disposición de la entidad de crédito, la cual deberá incluir la información que detalla el precepto en sus apartados a)-e), sin perjuicio de su desarrollo reglamentario por la Circular 6/2016, de 30 de junio, del Banco de España a las entidades de crédito y a los establecimientos financieros de crédito, por la que se determinan el contenido y el formato del documento «*Información Financiera- PYME*» y se especifica la metodología de calificación del riesgo previstos en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento

La entidad de crédito tiene el deber de comunicar y proporcionar a la PYME el documento «*Información Financiera- PYME*» ante supuestos de terminación o disminución del flujo de financiación, lo que supone una verdadera herramienta de Alerta Temprana para el deudor, dada la idoneidad de la información contenida en la misma para detectar circunstancias que puedan provocar una insolvencia inminente, y advertirle de la necesidad de actuar sin demora, no obstante la posibilidad de mejorar su claridad y transparencia de acuerdo por lo exigido por el art. 3.1 de la Directiva 2019/1023<sup>10</sup>.

Por último, en lo que implica un refuerzo a la efectividad de la herramienta, el art.2.2 LFFE reconoce a las PYMES un derecho irrenunciable (art. 3 LFFE) a solicitar la «*Información Financiera- PYME*» en cualquier momento y de forma incondicionada, debiendo la entidad de crédito poner dicha información a disposición de la PYME en 15 días hábiles desde la solicitud, pudiendo exigir un precio por este servicio que, en ningún caso, superará el coste de la elaboración y puesta a disposición del documento, pudiendo el Banco de España fijar un precio máximo por el mismo.

No obstante lo anterior, la herramienta adolece del cumplimiento tanto con los principios de claridad y transparencia configuradores del contenido de las herramientas de Alerta Temprana, como sobre todo con la obligación establecida por el art. 3.4 Directiva 2019/1023, «que exista a disposición del público, en línea, información sobre la posibilidad de acceder a herramientas de Alerta Temprana, y que dicha información sea fácilmente accesible y presentada en un formato sencillo de consultar, en especial para las pymes».

A este respecto, no parece que la mera inclusión en el clausulado de condiciones generales de la contratación usado por las entidades de crédito, de referencias a los derechos reconocidos el Capítulo I LFFE, tal y como preceptúa el art 3 LFFE, sea adecuado para cumplir con los requisitos de disponibilidad y accesibilidad que exige el art. art. 3.4

---

de la financiación empresarial, publicada en el BOE de 11 de julio de 2016, que expresamente incluye como destinatarios de dicho deber, también, a los establecimientos financieros de crédito constituidos en España.

<sup>10</sup> Una propuesta sobre la mejora y adaptación de los ratios que integran el documento «*Información Financiera-PYME*» puede encontrarse en Juan LLORET / Jorge CAICOYA / Raúl LORENTE, «Alertas Tempranas. La aplicación a la situación en España», *Diario La Ley*, 26 de mayo de 2020.

Directiva 2019/1023 para la información sobre herramientas de Alerta Temprana.

Por último, cabe destacar que en la Ley General Tributaria (LGT)<sup>11</sup>, ya se encuentran regulados por las administraciones tributarias, la obligación de informar respecto de aquellos obligados tributarios como respecto de terceros, y el deber proporcionar a la agencia tributaria todo tipo de datos en relación con el cumplimiento o no de sus obligaciones.

Todas las herramientas expuestas presentan un carácter externo, y podrían clasificarse en dos de los tres supuestos recogidos en el artículo 3.2 de la Directiva 2019/1023, concretamente en la letra *a*) y *c*). Ello no obstante, la norma española no contempla ningún tipo de incentivo para terceros – entidad de crédito que cumple con dicho deber –, lo que permite caracterizar esta obligación como un mecanismo de alerta y no como un mero incentivo<sup>12</sup>. Tampoco prevé el legislador, al menos por el momento, incentivos al propio deudor, ni tampoco herramientas de Alerta Temprana de carácter interno, en especial por lo que respecta al deudor empresario social<sup>13</sup>.

## II. El Sistema Actual de Alerta Temprana en el Derecho Portugués

El Gobierno portugués mediante “Decreto-Lei n.º 47/2019” de 11 de abril, creó el mecanismo de Alerta Temprana (mecanismo de alerta precoz, “MAP”). Un procedimiento dedicado a proporcionar información económico-financiera a los miembros del órgano de administración de micro, pequeñas y medianas empresas, anualmente, y

---

<sup>11</sup> Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, art. 93, “Obligaciones e información”.

<sup>12</sup> Carlos GÓMEZ ASENSIO, «Alerta Temprana y Exoneración de pasivo», in IDEM, dir., *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*, Aranzadi, 2021, 82-84.

<sup>13</sup> Esta configuración de las herramientas de Alerta Temprana en nuestro ordenamiento jurídico meramente como herramientas de carácter externo es apoyada por un importante sector doctrinal, el cual es partidario incluso de limitar las mismas al ámbito de los servicios de asesoramiento. En este sentido, Juana PULGAR EZQUERRA, «Gobierno corporativo y reestructuración preventiva: La Directiva UE 2019/1023», in IDEM, dir., *Reestructuración y gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia*, Madrid, La Ley, 202070-71.

que sirviese para apoyar la toma de dediciones y la gestión empresarial basada en el análisis estadístico<sup>14</sup>, siendo las entidades involucradas: el Banco de Portugal, la Agencia para la Competitividad y la Innovación, I. P. (IAPMEI, I. P.), y la Autoridad Tributaria y Aduanera (AT).

El suministro de información económico-financiera en el ámbito del MAP es realizado por IAPMEI, I. P., mediante la elaboración de un análisis cuantitativo y de tendencia para cada empresa, basados en indicadores realizados por el Banco de Portugal, con los datos estadísticos de las empresas del Balance Central del Banco de Portugal, utilizando el cálculo de siete indicadores económico-financieros con base en la información de empresas simplificadas –micro, pequeñas y medianas empresas<sup>15</sup>-, junto con una evaluación cualitativa de la situación económico-financiera de cada empresa, resultado de un algoritmo operado por IAPMEI, I. P., que posiciona los indicadores económico-

---

<sup>14</sup> Decreto-Lei nº 47/2019, D.R.I Série, 72 (19- 04-08)1948-1950. Artículo 1 del Decreto Ley nº 47/2019 de 11 de abril: “Artigo 1.º Objeto:1 - O presente decreto-lei cria o mecanismo de alerta precoce (MAP), que consiste num procedimento de prestação de informação económica e financeira aos membros dos órgãos de administração das empresas com sede em Portugal, numa base anual, constituindo um mecanismo de apoio à decisão e gestão empresarial com base em análises estatísticas (...)” y artículo 2: “Artigo 2.º Âmbito de aplicação1 - Os destinatários da informação económica e financeira gerada pelo MAP são os membros dos órgãos de administração de sociedades não financeiras com sede em Portugal, sujeitas à apresentação do Anexo A no âmbito da informação empresarial simplificada (IES), e que sejam micro, pequenas e médias empresas ou empresas de pequena-média capitalização, sem prejuízo do disposto no número seguinte. 2 - Excluem-se do âmbito de aplicação do presente decreto-lei: a) Sociedades abertas; b) Empresas que integram a secção K da classificação portuguesa de atividades económicas (CAE); c) Empresas incluídas na CAE 70100; d) Entidades do setor público; e) Empresas que não evidenciem sinais de atividade relevante no período em análise”.

<sup>15</sup> La herramienta de Autodiagnóstico Financiero está dirigida a las empresas no financieras, en particular a las PYMES, y permite a las empresas acceder de forma sencilla y automática a una evaluación de su situación económica y financiera a partir del análisis genérico de sus estados financieros (balance y estado de resultados) de los últimos tres años. Disponible en <<https://www.iapmei.pt/PRODUTOS-E-SERVICOS/Revitalizacao-Transmissao/Revitalizacao-Empresarial/REPER/Autodiagnostico-financeiro.aspx>> (última visita en 22 de abril de 2022). Asimismo, se dispone de una Guía de Soporte MAP, disponible en <[chrome-extension://efaidnbmninnbpcjpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.iapmei.pt%2FPRODUTOS-E-SERVICOS%2FRevitalizacao-Transmissao%2FRevitalizacao-Empresarial%2FDOC%2FMAP\\_guiapoio.aspx&cflen=182442&chunk=true&pdffilename=MAP\\_guiapoio.pdf](chrome-extension://efaidnbmninnbpcjpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.iapmei.pt%2FPRODUTOS-E-SERVICOS%2FRevitalizacao-Transmissao%2FRevitalizacao-Empresarial%2FDOC%2FMAP_guiapoio.aspx&cflen=182442&chunk=true&pdffilename=MAP_guiapoio.pdf)> (última visita 22 de abril de 2022).

-financieros de cada empresa en el contexto de empresas del mismo sector con un tamaño similar, de conformidad con los términos del protocolo acordado.

La AT, antes del 31 de diciembre de cada año, envía un correo electrónico a los miembros del órgano de administración de las empresas cuyo contenido se define en los términos del protocolo acordado e incluye una alerta (contenido que también se define en el referido protocolo), en el área de empresas del Portal de Finanzas, que contiene un hipervínculo para la información disponible en el sitio web de IAPMEI, I. P.

En caso de haber un aplazamiento de los plazos legales para la presentación de la Información de las empresas simplificadas, los plazos a que se refieren los números anteriores se aplazan en la misma medida<sup>16</sup>.

Respecto a la finalidad y uso de la información, IAPMEI, I. P. tiene prohibido transmitir información económico-financiera producida

---

<sup>16</sup> Decreto-Lei n.º 47/2019, D.R.I Série, 72 (19- 04-08)1948-1950. Artículo 4 del Decreto Ley n.º 47/2019 de 11 de abril: “Artigo 4.º Procedimento: 1 - A prestação de informação económica e financeira no âmbito do MAP é efetuada pelo IAPMEI, I. P., através da elaboração de uma análise quantitativa e tendencial, com recurso ao cálculo de sete indicadores económico-financeiros com base na informação da IES referente a cada empresa, complementada com uma apreciação qualitativa da situação financeira e económica da empresa, decorrente de algoritmo operacionalizado pelo IAPMEI, I. P., que posiciona os indicadores económico-financeiros de cada empresa no contexto de empresas do mesmo setor com dimensão semelhante, nos termos do protocolo a celebrar ao abrigo do n.º 1 do artigo 6.º 2 - A análise quantitativa e tendencial tem por base indicadores produzidos pelo Banco de Portugal, com recurso aos dados estatísticos das empresas da Central de Balanços do Banco de Portugal, os quais têm por base, designadamente, a IES, sendo objeto de controlo de qualidade através da comparação com outras fontes de informação disponíveis, como seja a Central de Responsabilidades de Crédito (CRC), com vista à disponibilização dos referidos indicadores pelo Banco de Portugal ao IAPMEI, I. P., para os efeitos do previsto no presente decreto-lei. 3 - Os indicadores que o Banco de Portugal disponibiliza IAPMEI, I. P., nos termos do número anterior não podem reproduzir a informação de base subjacente aos mesmos que tenha caráter reservado. 4 - Até ao dia 31 de dezembro de cada ano, é enviada pela AT uma mensagem de correio eletrónico aos membros dos órgãos de administração das empresas, cujo conteúdo é definido nos termos do protocolo a celebrar ao abrigo do n.º 2 do artigo 6.º 5 - Até à mesma data, a AT inclui um alerta, cujo conteúdo é definido nos termos do protocolo a celebrar ao abrigo do n.º 2 do artigo 6.º, na área das empresas no Portal das Finanças, de onde consta uma hiperligação para a informação disponibilizada no sítio da Internet do IAPMEI, I. P. 6 - Caso se verifique um adiamento dos prazos legais para submissão da IES, os prazos referidos nos números anteriores são adiados na mesma medida.”

en el ámbito del MAP, salvo en los casos expresamente previstos en el decreto-ley, y que cualquier entidad pública o privada o particular solicite la información o resultados producidos, para cualquier fin o efecto<sup>17</sup>.

Además, IAPMEI, I. P., en la medida en que recibe información del Banco de Portugal en los términos previstos en el real decreto ley, está sujeta a un deber de secreto, en los términos y consecuencias previstos en la ley, y sólo podrán transmitir la información que reciban de las empresas a las que se refieran<sup>18</sup>.

Con la Ley 9/2022 de 11 de enero de 2022<sup>19</sup>, se modificó el apartado primero del artículo 2 Decreto-Lei n.º 47/2019, fija que los destinatarios de la información económica y financiera generada por el MAP son los miembros de los órganos de administración de las sociedades no financieras con sede en Portugal, sujeto a la presentación del Anexo A en el ámbito de la información empresarial simplificada (IES), se elimina la mención expresa a las micro, pequeñas y medianas empresas

<sup>17</sup> Decreto-Lei n.º 47/2019, D.R.I Série, 72 (19- 04-08)1948-1950. Artículo 5 del Decreto Ley n.º 47/2019 de 11 de abril: “Artigo 5.º Finalidade e uso da informação: 1 - É vedada ao IAPMEI, I. P., a transmissão de informação económica e financeira produzida no âmbito do MAP, salvo nos casos expressamente previstos no presente decreto-lei. 2 - É ainda vedada a possibilidade de qualquer entidade pública ou privada ou pessoa singular requerer a disponibilização pelas empresas, ainda que voluntária, da informação ou resultados produzidos ou conhecidos no âmbito do presente decreto-lei, para qualquer fim ou efeito. 3 - A informação prestada no âmbito do MAP não responsabiliza as entidades intervenientes”.

<sup>18</sup> Decreto-Lei n.º 47/2019, D.R.I Série, 72 (19- 04-08)1948-1950. Artículo 7 del Decreto Ley n.º 47/2019 de 11 de abril: “Artigo 7.º Dever de segredo: 1 - O Banco de Portugal transmite informação ao IAPMEI, I. P., nos termos do presente decreto-lei, e, na estrita medida do necessário, em derrogação do dever legal de segredo, sem prejuízo do disposto quanto à libertação de dados sujeitos ao segredo estatístico previsto na legislação aplicável. 2 - O IAPMEI, I. P., na medida em que receba informações do Banco de Portugal nos termos previstos na parte final do número anterior, fica sujeito a dever de segredo, nos termos e com as consequências previstas na lei, e apenas pode transmitir as informações recebidas às empresas às quais respeitem. 3 - O referido dever de segredo é aplicável às pessoas que exerçam ou tenham exercido funções no IAPMEI, I. P., bem como às que lhe prestem ou tenham prestado serviços a título permanente ou ocasional”.

<sup>19</sup> Ley 9/2022 de 11 de enero de 2022 que establece medidas de apoyo y agilitación de los procesos de reestructuración empresarial y acuerdos de pago, que transpone la Directiva (UE) 2019/1023, por la que se modifica el Código Concursal y de Recuperación de Empresas, el Código de Sociedades Comerciales, el Código del Registro Mercantil y legislación conexas.

o pequeñas y medianas empresas, y se derogaron las letras *a)* y *e)* del apartado 2 en los que se hacía referencia a las “sociedades abiertas” y “empresas que não evidenciem sinais de atividade relevante no período em análise”.

### III. Una Propuesta Integrada de Regulación de las Herramientas de Alerta Temprana

Como se ha expuesto, Portugal ya ha transpuesto la Directiva 2019/1023, y España lo ha hecho recientemente. Si bien es cierto que en el Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (PLRTRLC)<sup>20</sup> se introdujo que fuesen las Administraciones Públicas quienes se encargasen del desarrollo de un sistema de Alerta Temprana<sup>21</sup> para que aquellas empresas que, de acuerdo con determinados indicadores se encontrasen en una situación de probabilidad de insolvencia, pudieran tomar las medidas adecuadas y evitar una efectiva situación de insolvencia. Sin embargo, finalmente en el texto definitivo por el que se transpone la Directiva se regula nada al respecto,

---

<sup>20</sup> Proyecto de Ley 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), de fecha 14 de enero de 2022.

<sup>21</sup> En la Disposición final décima del Proyecto de Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal se dispone lo siguiente: “Sistema de alerta temprana con la información de la Agencia estatal de Administración Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social. 1. Se habilita a los titulares de los ministerios de Hacienda y Función Pública y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones a desarrollar, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, un sistema de alerta temprana de detección de probabilidad de insolvencia a empresas. 2. La información resultante del sistema de alerta temprana de probabilidad de insolvencia previsto en el apartado anterior solo se facilitará al propio contribuyente, sin que en ningún caso pueda facilitarse a terceros. 3. Mediante acuerdo con las Haciendas Forales y la Comunidad Autónoma de Canarias se habilitará a la Agencia Estatal de Administración Tributaria el acceso a la información necesaria de que dispongan dichas Administraciones a los exclusivos efectos previstos y con los límites establecidos en la presente disposición”.

simplemente se menciona de manera sucinta en el preámbulo los mecanismos de herramientas de Alerta Temprana, mencionados en el primer apartado, y en las Disposiciones se estipula la “web para el autodiagnóstico de salud empresarial” de la que únicamente dice que se mantendrá la dirección electrónica que se determine y en otra el “asesoramiento a empresas en dificultades” estableciendo que el Gobierno promoverá el asesoramiento a pequeñas y medianas empresas en dificultades en un estadio temprano con el propósito de evitar su insolvencia.

De un primer análisis, parece evidente que el legislador español ha dejado pasar la oportunidad de introducir un efectivo sistema de Alerta Temprana con el que prevenir la insolvencia. Si bien es cierto, que en el planteamiento propuesto en el Anteproyecto de reforma también existían aspectos mejorables, en concreto, respecto al mecanismo que debía ser habilitado por las Administraciones Públicas. Sin embargo, en el texto recientemente aprobado y publicado ni siquiera se tiene en consideración ni siquiera a las Administraciones Públicas para el desarrollo de estas herramientas, y simplemente, se remite al mecanismo del autodiagnóstico del que ya se disponía, sin completar esta herramienta, dar otras opciones o simplemente mejorarlo, dado que no parece que el resultado del mismo sea el esperado, pues nuestro sistema concursal se ha caracterizado siempre por su tinte liquidativo, siendo muy pocas las empresas que consiguen reestructurarse o anticiparse a sus dificultades.

Si se producen impagos por parte del deudor y son las Administraciones Públicas quienes deben informar sobre las medidas a adoptar, es cierto que dicha alerta no vaya a ser temprana por los tiempos de la Administración en España. Pero dado que la legislación española ya prevé un deber de comunicación tanto para las entidades de crédito, como por las administraciones tributarias del impago de las obligaciones se podría haber aprovechado esta nueva ley para diseñar una herramienta de Alerta Temprana. Por ejemplo, que, a través de su portal electrónico, con un aviso y de forma inmediata y simultánea diese cuenta tanto al deudor como a posibles acreedores (de los que se conozca la relación) de la situación de impago, de manera que se pudiese alegar o rendir cuentas de cuál ha sido el motivo o alertar a un servicio de asesoría creado para tal fin, con el objetivo de analizar el contexto económico financiero, y determinar si es un hecho eventual o realmente se trata de un indicio de una probabilidad de insolvencia, teniendo en cuenta

que, respecto a los servicios de asesoramiento, el deudor de forma voluntaria, suele buscarlo una vez es demasiado tarde<sup>22</sup>.

Tal y como se ha dicho en España ya contábamos con el cuestionario evaluativo de «Salud Empresarial» del SEGIPYME, que permite al deudor auto diagnosticarse y que es el que se mantiene como mecanismo de Alerta Temprana pero debería haberse regulado de manera más detallada y que se pudiera acceder también a través del portal electrónico de las administraciones o incluso del Registro Público Concursal, y que de forma sencilla y automática, las empresas sean conocedoras de su situación económica y financiera, siguiendo el modelo portugués del MAP.

En este sentido, en España se podrían encargar de la confección de este cuestionario el Banco de España y al Instituto Nacional de Estadística, de forma que establecieran unos parámetros que sirviese para realizar un análisis cuantitativo y de tendencia de los datos estadísticos proporcionados por el Banco de España, y una evaluación cualitativa de la situación financiera de cada empresa que se pusiese a disposición de estas, junto con una breve mención de los posibles mecanismos de apoyo existentes y la disponibilidad, en caso, de necesitar apoyo especializado.

Esto nos lleva a un escenario en el que para la futura aplicación de las herramientas de Alerta Temprana existieran dos tipos de herramientas de Alerta Temprana: uno de carácter voluntario, en el que es la propia empresa quien decide conocer cuál es su situación a través del cuestionario autodiagnóstico; y otro de oficio, mediante los deberes de comunicación de administraciones públicas y entidades de crédito.

Así lo hace Francia, que actúa desde dos ámbitos: uno interno de control o supervisión y otro externo, dependiendo de quién active la alarma. También las Instituciones públicas impulsan otras herramientas, como la calificación del Banco de Francia, mejorando la precisión de su valoración sobre la capacidad de una empresa para hacer frente a sus compromisos financieros, o la iniciativa de los establecimientos bancarios en la Alerta Temprana de la crisis. Esta calificación es una evaluación para la propia empresa, pero también acceden a ella

---

<sup>22</sup> Cayetana LADO CASTRO-RIAL, «Alertas Tempranas y Administraciones Públicas en la Directiva 2019/1023 de reestructuración», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 33 (2020) 235-248.

las administraciones públicas, instituciones de crédito y financieras, compañías de seguros, etc. Supone una herramienta de evaluación del riesgo crediticio y, a su vez, un análisis externo sobre la situación económica y financiera de la empresa.

Por otro lado, está el modelo Signaux Faibles<sup>23</sup>, con el que las administraciones públicas disponen de una herramienta para detectar señales de debilidad económica, basado en un algoritmo de autoaprendizaje que proporciona pronósticos sobre la probabilidad de fracaso empresarial (empresas con más de diez trabajadores y con un plazo de anticipación de 18 meses).

Los resultados de la herramienta se comparten con diversos organismos y la propia empresa con el objetivo de detectar la eventual fragilidad de la empresa y proponer soluciones. Junto a este modelo destaca otro modelo de predicción en base a datos ofrecidos por la Dirección General de Finanzas Públicas. El análisis alcanza a todas las empresas con independencia del volumen que represente su cifra de negocios y el número de trabajadores. Cuando se detecta una empresa que evidencia signos de debilidad económica, se envía una carta para concienciarla de su situación económica e informarla de las ayudas de las que se puede beneficiar<sup>24</sup>.

Como conclusión, partiendo de las herramientas de Alerta Temprana de las que dispone España actualmente, parece que se podría haber mejorado simplemente siguiendo los modelos de nuestros vecinos europeos, por ejemplo encargando que sean las Administraciones Públicas quienes desarrollen un MAP como el instaurado por Portugal,

---

<sup>23</sup> Es un proyecto digital público interministerial destinado a apoyar a las empresas en dificultades. El proyecto se basa en un algoritmo que apunta a las debilidades de las empresas para establecer acciones de apoyo lo más rápido posible. Experimentado desde 2017 en Bourgogne-Franche-Comté, por iniciativa de DREETS, Signals Weaks pone la inteligencia artificial al servicio de las empresas frágiles al permitir detectar el riesgo de quiebra de una empresa de más de 10 personas a los 18 meses. La puesta en común de datos de varias fuentes (financieras, laborales, cotizaciones sociales) permite que el algoritmo dibuje el perfil estadístico de las empresas frágiles. Los resultados se comparten, en la más estricta confidencialidad, dentro de una plataforma digital colaborativa abierta solo a los distintos socios y ciertos organismos. Disponible en <<https://www.entreprises.gouv.fr/fr/industrie/politique-industrielle/signaux-faibles>> (última visita 29 de abril de 2022).

<sup>24</sup> Margarita VIÑUELAS SANZ, «Los sistemas europeos consolidados de alerta temprana», *Anuario de Derecho Concursal* 56 (2022) 149-202.

basado en un cuestionario que sirva de autodiagnóstico desarrollando el establecido por el SEGIPYME, pues se ha mantenido tal y como estaba. Pese a que tendría sentido que estos mecanismos fuesen activados tanto de forma interna como externa, a con el fin de alertar sobre una situación de vulnerabilidad económico-financiera, para tomar las medidas oportunas utilizando la información de los distintos organismos públicos (Banco de España, registros públicos, administraciones públicas), sigue recayendo en el deudor el peso de ser quien busque estos mecanismos de prevención.

## Bibliografía

- GÓMEZ ASENSIO, Carlos, «Alerta Temprana y Exoneración de pasivo», in IDEM, dir., *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*, Aranzadi, 2021, 82-84.
- *Los acuerdos de reestructuración en la directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva*, Cizur Menor: Aranzadi, 2019.
- LADO CASTRO-RIAL, Cayetana, «Alertas Tempranas y Administraciones Públicas en la Directiva 2019/1023 de reestructuración», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 33 (2020) 235-248.
- LLORET, Juan / CAICOYA, Jorge / LORENTE, Raúl, «Alertas Tempranas. La aplicación a la situación en España», *Diario La Ley*, 26 de mayo de 2020.
- MONTES MIGUEL, María. «Mecanismos de alerta temprana: la prevención del fracaso y el fomento de reemprendimiento desde la experiencia práctica de una organización empresarial», in Matilde CUENA CASAS, dir., *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsable*, Aranzadi, 2017, 939-942.
- PULGAR EZQUERRA, Juana, «Gobierno corporativo y reestructuración preventiva: La Directiva UE 2019/1023», in IDEM, dir., *Reestructuración y gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia*, Madrid, La Ley, 2020.
- VIÑUELAS SANZ, Margarita. «Los sistemas europeos consolidados de alerta temprana», *Anuario de Derecho Concursal* 56 (2022) 149-202.



# La debida diligencia de los administradores sociales en situaciones de insolvencia inminente en España y Portugal

[https://doi.org/10.47907/livro/2023/restrutturacao\\_empresas/parte06\\_2](https://doi.org/10.47907/livro/2023/restrutturacao_empresas/parte06_2)

CECILIO MOLINA HERNÁNDEZ\*

*Resumen:* Los administradores sociales, en el ejercicio de sus funciones, han de asumir una responsabilidad en el cumplimiento de sus funciones dentro de una compañía que, en ocasiones, puede encontrarse en situaciones próximas a la insolvencia. En este sentido, la legislación concursal española y portuguesa mantiene este ámbito de responsabilidad en el ámbito del derecho de sociedades, toda vez que se busca que la compañía pueda continuar en funcionamiento gracias a las medidas adoptadas para prevenir la insolvencia. No obstante, si llegara la apertura de un concurso, podrían los administradores asumir responsabilidad concursal por generar o agravar la situación de insolvencia de la sociedad.

*Palabras Clave:* Administradores sociales, deber de diligencia, insolvencia inminente, responsabilidad administradores.

---

\* Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas. Las labores de investigación desarrolladas en este trabajo se han iniciado en la estancia de investigación realizada por el autor en la Università degli Studi di Roma durante los meses de mayo a julio de 2019, gracias a la concesión de una ayuda a la movilidad dentro de la xv Convocatoria de Ayudas a la Movilidad Investigadora CEU – Banco Santander, en el seno del Proyecto de Investigación «Estructuras societarias y financiación empresarial. Internacionalización y políticas de empresa» - RTI2018-099471-B-I00 (Ministerio de Innovación, Ciencia y Universidades / FEDER, UE), liderado por Ana Belén Campuzano y del que formo parte como investigador del equipo de trabajo, y en el marco de los trabajos desarrollados por los investigadores del Grupo de Investigación de la Universidad San Pablo CEU «Gobierno Corporativo y Gestión de Riesgos» (C22/0720) y de la Cátedra de la Universidad San Pablo CEU y Mutua Madrileña.

*Abstract:* Company directors must assume responsibility for the performance of their duties within a company which, on occasions, may find itself in situations of likelihood of insolvency. In this sense, Spanish and Portuguese insolvency legislation maintains this area of responsibility in the sphere of company law, since the aim is to ensure that the company can continue to operate thanks to the measures adopted to avoid insolvency. However, if insolvency proceedings were to be opened, directors could assume insolvency liability for generating or aggravating the company's insolvency situation.

*Keywords:* Company directors, duty of diligence, likelihood of insolvency, director's liability.

*Sumario:* I. La concreción legal de la insolvencia inminente en el Derecho de la insolvencia español y portugués. II. El deber de diligencia de los administradores sociales en las situaciones de insolvencia inminente. III. La responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia inminente. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

## **I. La Concreción Legal de la Insolvencia Inminente en el Derecho de la Insolvencia Español y Portugués**

En derecho español, la insolvencia inminente es aquella en la que el deudor debe prever que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir sus obligaciones regular y puntualmente, tal y como se establece en el artículo 2.3 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal<sup>1</sup>. En el Derecho portugués, la insolvencia actual se produce cuando el

---

<sup>1</sup> Ésta es la previsión legal española en vigor desde el 26 de septiembre de 2022, como consecuencia de la publicación en el Boletín Oficial del Estado el 6 de septiembre del mismo año 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).

deudor no puede cumplir con sus obligaciones vencidas<sup>2</sup>. Sin embargo, no se encuentra en el ordenamiento portugués la categorización de la insolvencia inminente, sino que se concibe como la probabilidad de encontrarse en una situación de insolvencia actual<sup>3</sup>.

La insolvencia inminente no es lo mismo que probabilidad de insolvencia. La insolvencia está más cercana cuando la sociedad se encuentra en situación de insolvencia inminente que cuando la insolvencia es sólo probable<sup>4</sup>. De esta manera, siguiendo nuestro Derecho concursal, cuando el deudor se encuentre en una situación de insolvencia probable, deberá acudir a un novedoso plan de reestructuración, en sustitución de los anteriores acuerdos extrajudiciales de pago y acuerdos de refinanciación, mientras que, si se halla en una situación de insolvencia inminente, el deudor deberá proceder a la declaración del concurso.

De forma similar, aunque no con la transcendencia de nuestro concepto de probabilidad de insolvencia, en relación a los planes de reestructuración, se prevé la consideración de una situación económica difícil en el Derecho portugués. En este contexto, el artículo 17-B del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas contempla que esta situación se producirá cuando una empresa no pueda cumplir con sus obligaciones a tiempo, ya sea por falta de liquidez o por falta de obtención de crédito, a fin de poder acceder al llamado *processo especial de revitalização*. Por ello, la probabilidad de insolvencia, del Derecho español, es un concepto en el ámbito concursal, mientras que la situación económica difícil, del Derecho portugués, no ha de suponer, expresamente, una situación de insolvencia probable<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Asimismo, el artículo 3.2 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas señala, en supuestos de insolvencia actual, aquellas situaciones en las que el pasivo sea manifiestamente superior al activo, respecto de determinadas entidades.

<sup>3</sup> Jorge Manuel Coutinho de ABREU, *Curso de direito comercial*, 1, 12.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, 135; Alexandre de Soveral MARTINS, *Um curso de direito da insolvência*, 1, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, 81.

<sup>4</sup> Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, «La buena conducta de los administradores sociales en la preinsolvencia», *Diario La Ley* (2021) 2.

<sup>5</sup> Alexandre de Soveral MARTINS, *Um curso de direito da insolvência*, 1, 81.

## II. El Deber de Diligencia de los Administradores Sociales en las Situaciones de Insolvencia Inminente

El deber de diligencia en el Derecho español queda consagrado en la actualidad en el artículo 225 LSC, en atención a los siguientes términos: *los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa*<sup>6</sup>. Por otro lado, el deber de diligencia en el Derecho portugués se recoge en el artículo 64 del *Código das Sociedades Comerciais*, y que enfatiza en que el administrador societario deberá reunir la disponibilidad, competencia técnica y conocimiento de la empresa.

En ambas normativas, se exige o se espera de ellos una actuación *responsable*, más allá de la de un buen padre de familia, quien se preocupa fundamentalmente por la conservación de un patrimonio, en la que fundamentalmente *ha de buscar el interés social*. Esta subordinación del interés particular<sup>7</sup>, en relación al interés de la empresa, se ha recogido específicamente en la LSC a raíz de la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

Conscientes de las múltiples críticas que ha recibido este precepto<sup>8</sup>, por considerarlo reiterativo al hilo del deber de lealtad, realizamos

---

<sup>6</sup> Véase GARCÍA MANDALONIZ, Marta, «Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la ley de sociedades de capital)», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, ISBN: 978-84-9059-792-7, 368-369, donde la autora señala que tras una primera versión de la Ley de sociedades de capital, desapareció la expresión de representante leal por la de ordenado empresario y, a su parecer, podrían haberse empleado otros términos, tales como gestor o administrador, que denotarían la cualificación necesaria para el desarrollo de sus funciones.

<sup>7</sup> El interés de la sociedad, en el cumplimiento del deber de diligencia por parte de un administrador social en Portugal, siempre ha sido el eje central del referido deber.

<sup>8</sup> Véase, entre otros, LUÍS CAZORLA, «La reforma de la LSC por la Ley 5/2021: ¿interés de la empresa?», 14 de abril de 2021, disponible en <<http://luiscazorla.com>>

una reflexión de la oportuna incorporación que, sobre este precepto, se ha realizado y, a nuestro parecer, en conexión con la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia inminente, en consonancia con 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)<sup>9</sup>. Asimismo, las obligaciones contenidas en el deber de diligencia, en el marco de la preinsolvencia, se concretan en las recomendaciones 255 y 256 de la Guía Legislativa UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia, y que señala lo siguiente: *Los administradores sociales, entre otros, quedarán obligados a tener debidamente en cuenta los intereses de los acreedores y demás interesados y a adoptar medidas razonables para: a) evitar la insolvencia; y b) cuando la insolvencia sea inevitable, reducir al mínimo su alcance*. A partir de ahí, en la recomendación 256, se recogen una serie de funciones, en el cumplimiento del deber de diligencia por parte de los administradores sociales, en el contexto de la preinsolvencia, que se asemejan a las señaladas en la Directiva y que, como estamos teniendo oportunidad de reflejar, ya están contempladas en nuestro ordenamiento jurídico.

---

com/2021/04/la-reforma-de-la-lsc-por-la-ley-52021-interes-de-la-empresa/>, última consulta, 5 de mayo de 2022, donde el autor tacha la reforma de *ocurrencia*.

<sup>9</sup> Véase Considerando 71, donde se establece: *En caso de que el deudor esté próximo a la insolvencia, es importante también proteger los intereses legítimos de los acreedores frente a las decisiones de los gestores que podrían tener un impacto sobre la constitución de la masa del deudor, en particular cuando tales decisiones podrían tener el efecto de disminuir el valor del patrimonio disponible para los esfuerzos de reestructuración o para su distribución a los acreedores. Por lo tanto, es necesario garantizar que en tales casos los administradores sociales eviten toda actuación dolosa o gravemente negligente que resulte en beneficio propio en perjuicio de los interesados, y eviten aceptar transacciones a pérdida o tomando medidas conducentes a favorecer injustamente a uno o más interesados. Los Estados miembros deben poder aplicar las disposiciones correspondientes de la presente Directiva garantizando que las autoridades judiciales o administrativas, al evaluar si debe considerarse a un administrador social responsable de incumplimientos del deber de diligencia, tengan en cuenta las normas en materia de obligaciones de los administradores sociales establecidas en la presente Directiva.*

### III. La Responsabilidad de los Administradores en Situaciones de Insolvencia Inminente

El análisis de la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia inminente debe partir de la previsión que, al respecto, se hace en el artículo 19 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). En este sentido, en las situaciones de insolvencia inminente, en su consideración dentro de nuestra normativa concursal, los administradores sociales deben tomar debidamente en cuenta, como mínimo, lo siguiente: a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia, y c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa.

En los dos ordenamientos concursales, a la hora de abordar la responsabilidad de los administradores, sólo contamos con la responsabilidad de estos representantes tras la finalización del concurso, esto es, la responsabilidad concursal o condena a la cobertura del déficit concursal derivada de la calificación culpable del concurso. Para ello, partimos de la determinación normativa del concurso culpable, a tenor del artículo 442 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, en virtud del cual *el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones*<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> En los mismos términos, se entiende en el Derecho portugués, en el artículo 186 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, la calificación culpable del concurso, en relación a los administradores, de hecho o de derecho, sin hacer mención, como sucede en el Derecho español, de otras figuras análogas.

En este sentido, el concurso de acreedores, junto a las funciones solutoria y conservativa, cumple, también, una función represora o sancionadora del deudor concursado o de los administradores del concursado persona jurídica cuya conducta, positiva o negativa, hubiese generado o agravado el estado de insolvencia ocasionando así un perjuicio a los acreedores<sup>11</sup>.

En definitiva, y tras un intenso debate doctrinal y jurisprudencial, del que no es posible tratar en este momento, la naturaleza de la responsabilidad concursal es indemnizatoria<sup>12</sup>, mientras que la sanción deriva de la inhabilitación *de las personas naturales afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período*<sup>13</sup>, tal y como se establece en el artículo 455.2.º del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal<sup>14</sup>.

Por esta razón, y una vez que el ordenamiento español ya ha procedido a la transposición de la referida Directiva, nos encontramos con el encaje de la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia inminente en el marco de nuestro Derecho de sociedades.

<sup>11</sup> Ana Belén CAMPUZANO, «Sobre el tratamiento del crédito de condena a la cobertura del déficit concursal en el concurso de acreedores de las personas insolventes condenadas», *Anuario de Derecho Concursal* 51 (2020) 481-516.

<sup>12</sup> Alberto ALONSO UREBA, «Artículo 172 bis. Responsabilidad concursal», en Juana PULGAR EZQUERRA, dir., *Comentarios a la legislación concursal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, 1837-1868; Juana PULGAR EZQUERRA, «El deber y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por la solicitud del concurso de acreedores», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ, dir., *Gobierno corporativo y derecho penal: Mesas Redondas, Derecho y Economía*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008, 117-119.

*Contra* Emilio BELTRÁN, «En torno a la “naturaleza” de la responsabilidad concursal: (comentario de la sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)», *Anuario de Derecho Concursal* 14 (2008) 329-371.

Hay que tener presente que el cambio de criterio, en cuanto a la naturaleza sancionadora o indemnizatoria de la responsabilidad concursal deviene de la reforma de la ley concursal del año 2014.

<sup>13</sup> En el caso del Derecho portugués, el plazo de sanción sólo alcanza de dos a diez años, tal y como se establece en el artículo 189 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

<sup>14</sup> Inmaculada GONZÁLEZ CABRERA, «Deber de lealtad y responsabilidad concursal del administrador persona jurídica. Reflexiones a la luz de la sts de 20 de diciembre de 2017», *Revista de Derecho de Sociedades* 52 (2018) 14.

En lo concerniente a la responsabilidad solidaria de los administradores por concurrir causa legal de disolución, derivada del artículo 367 LSC15, nos centramos en la causa de disolución por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso, prevista en el artículo 363.1.e) LSC. En el contexto que nos ocupa, la Sentencia del Tribunal Supremo 915/2019, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 26 de junio, resuelve un recurso de casación presentado por la Tesorería General de la Seguridad Social, con el objetivo de determinar si para acordar la derivación de responsabilidad solidaria del administrador de una sociedad de capital, resulta necesario no sólo constatar una situación fáctica que habla a favor de la insolvencia de la sociedad y verificar que dicho administrador no ha cumplido los deberes legales a que se refiere el artículo 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital, sino también y, además, justificar la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad. La Sentencia, al tenor del precepto, extrae dos valiosísimas conclusiones: En primer lugar, ninguna mención se hace a la situación de insolvencia, sino a las causas de disolución de las sociedades de capital. Para ello, hay que enlazar nuestro derecho de sociedades con el derecho de la insolvencia; en este sentido, el artículo 2.3 del Texto Refundido de la Ley Concursal distingue entre la insolvencia actual o inminente y, a partir de ahí, el deudor, en su deber de declarar el concurso, deberá hacerlo en el plazo de dos meses desde que conoce la situación de insolvencia.

---

<sup>15</sup> En conexión con la nueva consideración de la insolvencia inminente y el deber de convocatoria de la junta por parte de los administradores ante la concurrencia de una causa legal de disolución, también se ha procedido al cambio de la responsabilidad de los administradores en este sentido. Por ello, el nuevo texto de la LSC plantea en el artículo 367.3 lo siguiente:

No obstante el previo acacimiento de causa legal o estatutaria de disolución, los administradores de la sociedad no serán responsables de las deudas posteriores al acacimiento de la causa de disolución o, en caso de nombramiento en esa junta o después de ella, de las obligaciones sociales posteriores a la aceptación del nombramiento, si en el plazo de dos meses a contar desde el acacimiento de la causa de disolución o de la aceptación el nombramiento, hubieran comunicado al juzgado la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración o hubieran solicitado la declaración de concurso de la sociedad. Si el plan de reestructuración no se alcanzase, el plazo de los dos meses se reanudará desde que la comunicación del inicio de negociaciones deje de producir efectos.

Además, en segundo lugar, la otra conclusión a la que se llega es que debe precisarse también si la situación de pérdidas es o no insolvencia, es decir, si la situación de insolvencia permite integrar esas pérdidas y, por tanto, afirmar la concurrencia de la causa de disolución. A este respecto, comparte el criterio expresado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de octubre de 2013: *El estado de insolvencia no constituye, por sí, una causa legal que haga surgir el deber de los administradores de promover la disolución de la sociedad. No cabe confundir (...) entre estado de insolvencia y la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que (...) sí constituye causa de disolución. Aunque es frecuente que ambas situaciones se solapen, puede ocurrir que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello la sociedad esté incurso en causa de concurso. En estos supuestos opera con normalidad el deber de promover la disolución conforme a lo prescrito (...) en el artículo 365 de la Ley de Sociedades de Capital. Y a la inversa, es posible que el estado de insolvencia acaezca sin que exista causa legal de disolución, lo que impone la obligación de instar el concurso, cuya apertura no supone por sí sola la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que pueda ser declarada durante su tramitación por la junta de socios y siempre por efecto legal derivado de la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC).*

Será, por tanto, cuando concurra la causa legal de disolución, haya o no insolvencia, y un incumplimiento de los deberes legales de los administradores ante esta causa, cuando se pueda exigir responsabilidad a los representantes sociales. En este sentido, no hay que olvidar que la responsabilidad del administrador surge respecto de las obligaciones sociales surgidas con posterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución. Todo ello en cuanto a la eterna duda si las obligaciones sociales posteriores a la causa de disolución se refieren al nacimiento o a su devengo<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Guillermo ALCOVER GARAU, «El concepto jurisprudencial de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución de las que son responsables solidarios los administradores de las sociedades de capital ex artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Comentario crítico a las sentencias del Tribunal Supremo 225/2019, de 10 de abril, y 420/2019, de 15 de julio», *Revista de Derecho de Sociedades* (2020) 13, donde se analizan estas dos importantes sentencias en función de la responsabilidad solidaria de los administradores sociales a tenor de contratos

Por tanto, todo administrador, para evitar estas situaciones que pueden suponer el incumplimiento de las obligaciones básicas del deber de diligencia, deberían contar con la aprobación de la junta general para la realización de cualquier operación que incrementara el pasivo de la empresa y ante la existencia de dudas razonables sobre la viabilidad de la empresa, no deberían esperar para presentar el precurso o el concurso de acreedores sino que lo presenten inmediatamente con la finalidad de abrir negociaciones y ver si es posible alcanzar un convenio, salvando así la actividad de la empresa sin riesgo alguno de incurrir en cualesquiera supuestos de responsabilidad.

Por otro lado, en el Derecho portugués, en el tratamiento de la responsabilidad de los administradores sociales frente a los acreedores, en este sentido, el artículo 78 del *Código das Sociedades Comerciais* prevé que los administradores, en un incumplimiento culposo de las disposiciones legales o contractuales en la protección de los intereses de los acreedores, no adopten las medidas necesarias para paliar que los bienes sociales se tornen insuficientes para satisfacer los diferentes créditos, supuesto exclusivo de la insolvencia actual. En el derecho portugués, en la conexión del Derecho de sociedades con el Derecho de la insolvencia, esta casuística, esto es, la existencia de un pasivo superior al activo es característica única de la insolvencia actual, y no de la insolvencia inminente, de la probabilidad de insolvencia o de la situación económica difícil.

Entendemos, por tanto, que, desde el prisma del Derecho de sociedades, se contempla la responsabilidad de los administradores en sede concursal, y que, a partir de ahí, todo acreedor, sea o no en el seno de un concurso de acreedores, podrá solicitar al administrador concursal<sup>17</sup>, legitimado en exclusiva para el ejercicio de la reclamación de la responsabilidad a los administradores, por no adoptar la diligencia debida en su actuación para garantizar la suficiencia patrimonial societaria a fin de atender todos los créditos surgidos en interés de la empresa.

---

de tracto sucesivo y concurrencia de la causa legal de disolución. Tal y como se ha pronunciado nuestro Alto Tribunal, aunque el contrato se celebre con anterioridad a la causa legal de disolución, la obligación de pago, estipulada en el propio contrato, puede generar responsabilidad, tanto por el incumplimiento, así como por los intereses de demora.

<sup>17</sup> Véase artículo 82.3.b) del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

## IV. Conclusiones

Los administradores sociales deben buscar y velar, en todo momento, el mejor interés de la sociedad. Éste es el paradigma claro que se encuentra en el Derecho de sociedades español y portugués en el desarrollo actual del deber de diligencia de los administradores.

Ya sea en cuestiones de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, las decisiones de los administradores de la sociedad han de conducir, necesariamente, a un respaldo de los intereses múltiples de la sociedad, de los socios y de los acreedores, en aras de alcanzar la viabilidad empresarial. En este contexto, primará en todo momento el interés de la sociedad, toda vez que el deudor, bajo la representación de los administradores sociales, abordarán la situación de la mejor manera posible, en una diligencia hacia la sociedad.

Es aquí donde el órgano de administración puede eludir responsabilidad en el marco del derecho de sociedades, ya que, por el momento, no se ha llegado a la declaración del concurso, momento en el que se encontraría en situación de insolvencia inminente. Será, por tanto, en este preciso momento en el que los administradores sociales, más allá del interés social o de la empresa, deberán también hacer frente a los intereses de los acreedores, paradigma de su nueva responsabilidad en situaciones de insolvencia inminente.

El Derecho español y portugués, a la hora de analizar la responsabilidad de los administradores, en la esfera societaria y concursal, se decantan por mantener la responsabilidad en situaciones de insolvencia inminente en la esfera societaria. Si el órgano de administración no tomara las medidas suficientes, no sólo en defensa de los intereses de la sociedad, sino también de los acreedores, podrá ser calificado como culpable, a la finalización del concurso. Sin embargo, en todo momento, se podrá observar si en la fase inicial de pérdidas o de dificultades financieras, esto es, en una probable insolvencia que derive en una situación de insolvencia, los administradores sociales se han preocupado de adoptar cualesquiera medidas para evitar peores resultados para los acreedores de la sociedad a la que representan.

Al hilo de esto, y en el ámbito de la moratoria concursal, nos encontramos con las actuaciones que tienen que estar adoptando los administradores a fin de reducir e incluso eliminar su responsabilidad como consecuencia de esta medida. Sin duda, y por desgracia como

está sucediendo, nos encontramos *empresas zombies* que no hacen nada para evitar la insolvencia y, como consecuencia de ello, los administradores sociales no buscan revitalizar la situación económica de la sociedad a la que representan. Veremos, sin duda, en los próximos años, resoluciones jurisprudenciales dispares en este sentido.

## V. Bibliografía

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de direito comercial*, 1, 12.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2019.
- ALCOVER GARAU, Guillermo, «El concepto jurisprudencial de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución de las que son responsables solidarios los administradores de las sociedades de capital ex artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Comentario crítico a las sentencias del Tribunal Supremo 225/2019, de 10 de abril, y 420/2019, de 15 de julio», *Revista de Derecho de Sociedades* (2020).
- ALONSO UREBA, Alberto, «Artículo 172 bis. Responsabilidad concursal», en Juana PULGAR EZQUERRA, dir., *Comentarios a la legislación concursal*, Madrid: Wolters Kluwer, 2016, 1837-1868.
- BELTRÁN, Emilio, «En torno a la “naturaleza” de la responsabilidad concursal: (comentario de la sentencia de la Sección 28<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)», *Anuario de Derecho Concursal*, 14 (2008) 329-371.
- CAMPUZANO, Ana Belén, «Sobre el tratamiento del crédito de condena a la cobertura del déficit concursal en el concurso de acreedores de las personas insolventes condenadas», *Anuario de Derecho Concursal* 51 (2020) 481-516.
- CAZORLA, Luis, «La reforma de la LSC por la Ley 5/2021: ¿interés de la empresa?», 14 de abril de 2021, disponible en <<http://luiscazorla.com/2021/04/la-reforma-de-la-lsc-por-la-ley-52021-interes-de-la-empresa/>>, última consulta, 5 de mayo de 2022.
- GARCÍA MANDALONIZ, Marta, «Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la ley de sociedades de capital)», en Alfonso Martínez-Echevarría y GARCÍA DE DUEÑAS, dir., *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada, «Deber de lealtad y responsabilidad concursal del administrador persona jurídica. Reflexiones a la luz de la STS de 20 de diciembre de 2017», *Revista de Derecho de Sociedades*, 52 (2018) 14.

GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés, «La buena conducta de los administradores sociales en la preinsolvencia», *Diario La Ley* 9973 (2021).

MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um curso de direito da insolvência*, 1, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2022.

PULGAR EZQUERRA, Juana, «El deber y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por la solicitud del concurso de acreedores», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ, dir., *Gobierno corporativo y derecho penal: Mesas Redondas, Derecho y Economía*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.



# O dever de apresentação à insolvência na transposição da diretiva (UE) 2019/1023

✉ [https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao\\_empresas/parte06\\_3](https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte06_3)

IGOR SILVA DE LIMA\*

*Resumo:* A Diretiva (UE) 2019/1023 (a “Diretiva”) foi adotada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia com o propósito de dispor sobre regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas. Essencialmente, a Diretiva teve o efeito de estabelecer incentivos para que, em cenários de crise econômica e/ou financeira, e desde que se vislumbre haver perspectiva de restabelecimento da viabilidade econômica, administradores de sociedades adotem preventivamente esforços de reestruturação, de modo a evitar a sua insolvência. A transposição da Diretiva para o ordenamento jurídico Português, efetuada por meio da Lei n.º 09/2022, de 11 de janeiro, deu-se sem que tenham sido feitas modificações significativas ao regramento até então existente no regime de deveres e responsabilidade de administradores. No presente trabalho, pretendemos fazer uma breve análise dos impactos da transposição da Diretiva relativamente ao dever de apresentação de sociedades comerciais à insolvência em situação econômica difícil ou de insolvência iminente, bem como apresentar algumas considerações acerca da conduta a ser adotada por administradores no contexto de crise. Apesar de já haver sido transposta, a Diretiva deve permanecer a nortear a conduta de administradores de sociedades que

---

\* Doutorando em Direito (Ciências Jurídico-Empresariais) na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. LL.M em Corporate Law pela University College London. Sócio das áreas de Societário e M&A e Reestruturação e Insolvência de BMA – Barbosa, Müssnich, Aragão Advogados (Brasil).

se encontrem em dificuldades e, também, a interpretação das normas presentes no ordenamento jurídico Português pelos Tribunais.

*Palavras-chave:* administração de sociedades; deveres e responsabilidade; insolvência; reestruturação.

*Abstract:* Directive (EU) 2019/1023 (the “Directive”) was adopted by the European Parliament and the Council of the European Union for the purpose of providing on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt. Essentially, the Directive had the effect of establishing incentives for directors/managers of companies within scenarios of economic and/or financial crisis, and as long as there is a prospect of recovering their economic viability, to adopt restructuring efforts preventively in order to avoid insolvency. The Directive was transposed into the Portuguese legal system upon the enactment of Law no. 09/2022, of 11 January, which did not bring significant amendments to rules on duties and liability of directors/managers that were already in force and effect. We intent to carry out an analysis of the impacts of the transposition of the Directive on rules concerning the duty to file for a formal insolvency proceeding when a company is undergoing economic distress or is approaching the zone of insolvency. We also submit a few propositions on the conduct to be followed by directors/managers in the context of crisis. Even though the Directive has already been transposed, it shall remain guiding the conduct of directors/managers of companies facing economic and/or financial difficulties and the interpretation, by the Courts, of the relevant rules provided for under the Portuguese legal system.

*Keywords:* company management; duties and liability; insolvency; restructuring.

*Sumário:* Considerações Iniciais. 1. O Artigo 19 da Diretiva e o regime jurídico Português. 1.1. Objetivos almejados pela Diretiva e a rescue culture. 1.2. Deveres de administradores no regime jurídico Português. 2. Alterações (pontuais) ao CSC e CIRE por força da transposição da Diretiva. 3. Contributos sobre a conduta de administradores de sociedades em crise. Bibliografia

## Considerações iniciais

Em decorrência da expansão do comércio internacional e da contínua integração dos mercados no panorama global, com o consequente aprofundamento da interligação e interdependência entre agentes econômicos localizados em jurisdições distintas, observou-se nos últimos anos um aumento na preocupação quanto à conveniência de se buscar, tanto quanto possível, uma uniformização (ou harmonização), inclusive no âmbito da União Européia (a “UE”), de regras destinadas a regular questões relativas a direito das sociedades comerciais e ao direito insolvencial<sup>1</sup>. O tema assume especial relevância em cenários de crise econômica e/ou financeira de um dado agente econômico com atividades e/ou ativos situados em mais de uma jurisdição, haja vista que os efeitos da referida situação de crise se projetam de forma transfronteiriça.

Foi também nesse contexto que se deu o advento da Diretiva (UE) 2019/1023 (a “Diretiva”), dispondo “sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas”.<sup>2</sup> A transposição da Diretiva ao ordenamento jurídico Português foi efetivada por meio da Lei n.º 09/2022, de 11 de janeiro, a qual promoveu alterações, dentre outros, ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (o “CIRE”) e ao Código das Sociedades Comerciais (o “CSC”).

---

<sup>1</sup> Para uma síntese das iniciativas voltadas para uma potencial harmonização de aspectos relacionados ao direito das sociedades e de insolvência no âmbito da União Européia, ver Paul J. OMAR, «The European initiative on wrongful trading», *Insolvency Lawyer* 6 (2003) 240 a 243; e Paulo de Tarso DOMINGUES, «A transposição, na vertente societária, da Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência (Diretiva (UE) 2019/1023, de 20 de junho de 2019)», *Direito das Sociedades em Revista*, 27 (2022) 221-241, 221 a 224.

<sup>2</sup> Ver David Sequeira DINIS / Raquel Cardoso NUNES, «A Diretiva (UE) 2019/1023 e a Reestruturação Preventiva das Empresas», *Revista de Direito da Insolvência* 5 (2021) 153-174, 154-155. Relewa ressaltar que a Diretiva não teve o condão ou efeito de promover uma efetiva harmonização dos deveres gerais de administradores de sociedades comerciais (deveres fiduciários), muito embora dispusesse ela acerca de outros deveres aplicáveis a administradores. Sobre o tema, ver Michelle van HAREN, «The Restructuring Directive and Its Impact on Directors’ Duties and Liabilities in the Netherlands, Germany, and the United Kingdom», in Jennifer L. L. GANT, *Harmonisation of Insolvency and Restructuring Laws in the EU*, Nottingham: INSOL Europe, 2020, 38-50, 39.

No presente trabalho, analisaremos se e em que medida a transposição da Diretiva, em especial dos comandos normativos inseridos no seu artigo 19, impactou o regramento então em vigor em Portugal relativamente ao dever de apresentação de sociedades comerciais à insolvência nas hipóteses que o CIRE assim o determina, bem como quanto à potencial responsabilização de administradores em decorrência da eventual violação do referido dever. Desse modo, cumpre ressaltar que não trataremos em detalhe de questões relativas ao regime jurídico de responsabilidade civil de administradores em Portugal (legitimidade ativa para a propositura de ação, procedimento, fatores de exoneração de responsabilidade, valor da indenização a ser fixada, etc.), exceto naquilo que for estritamente pertinente ao tema objeto da análise aqui empreendida.

Tendo em vista que a Diretiva já foi transposta, parece-nos fora de propósito analisar de forma pormenorizada o teor de discussões havidas no período anterior à sua transposição. De todo modo, quando necessário para a articulação de nossos argumentos neste trabalho, faremos incursões pontuais em referidas discussões. Sendo assim, além de identificarmos as modificações efetuadas no CIRE e CSC com respeito ao tema, entendemos relevante tocarmos em alguns aspectos gerais relacionados ao dever de apresentação à insolvência e a objetivos do Parlamento Europeu e do Conselho da UE, refletidos na Diretiva.

## 1. O Artigo 19 da Diretiva e o Regime Jurídico Português

### 1.1. Objetivos almejados pela Diretiva e a *rescue culture*

É assente que um dos principais objetivos visados pela Diretiva era o de que os Estados Membros contemplassem em seus respectivos ordenamentos jurídicos internos mecanismos aos quais, diante de uma probabilidade de insolvência, pudessem os devedores recorrer para proceder à reestruturação preventiva de seu endividamento, obrigações e/ou atividades, de modo a evitar a insolvência e garantir a sua viabilidade.<sup>3</sup> Daí porque se admitir que a Diretiva incorporava, em alguma

---

<sup>3</sup> Conforme se depreende do Considerando (1) e artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva. Na doutrina, ver David Sequeira DINIS / Raquel Cardoso NUNES, 154 (inclusive nota 5); e Sérgio Coimbra HENRIQUES, «The Duties of Directors When There Is a

medida, a chamada cultura de resgate.<sup>4</sup>

Entretanto, cumpre notar que a própria Diretiva contém ressalva no sentido de que os referidos mecanismos de reestruturação preventiva deveriam ser utilizados somente quando, apesar das dificuldades financeiras enfrentadas, houvesse efetiva perspectiva de viabilidade econômica do devedor e, portanto, de seu soerguimento. Com efeito, a Diretiva pretendeu incentivar a adoção de medidas preventivas de resgate e reestruturação do devedor em crise, de modo a evitar que, premidos pelos riscos associados a uma potencial demanda visando à sua responsabilização, administradores empurrassem precocemente a um procedimento formal de insolvência (com todas as consequências negativas oriundas da sua liquidação) sociedades comerciais que, a despeito das dificuldades enfrentadas, são ainda economicamente viáveis.<sup>5</sup>

Para as situações em que as dificuldades financeiras são de tamanha severidade a ponto de revelar que o devedor em questão é economicamente inviável, ou que sua viabilidade econômica não possa ser rapidamente restabelecida, de modo que a continuidade de suas atividades e os eventuais esforços de reestruturação poderão contribuir para o agravamento da situação, em prejuízo de credores, trabalhadores e outras partes interessadas, do próprio mercado em que o devedor se insere e da economia como um todo, a liquidação do devedor, com a rápida realização (venda) de seus bens e direitos e uso dos recursos auferidos no pagamento aos credores, é o caminho a ser seguido pelos administradores.<sup>6</sup>

O artigo 19.º da Diretiva, em particular, estabelece as obrigações de administradores caso exista uma probabilidade de insolvência, determinando que deverão eles, em tais circunstâncias, não apenas levar em consideração os interesses de credores (partes interessadas ali definidas que interessam para o presente trabalho) e evitar a adoção de conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade

---

Likelihood of Insolvency and the Proposal for a New Directive», *European Company Law Journal* 16/2 (2019) 50-57, 52 (inclusive nota 17).

<sup>4</sup> Para uma análise da natureza e funções da *rescue culture*, ver Muir HUNTER, «The Nature and Functions of a Rescue Culture», *Commercial Law Journal* 104/4 (1999) 426-463.

<sup>5</sup> A propósito do tema, ver Considerandos (1) a (3) e (15) a (16) da Diretiva.

<sup>6</sup> A propósito do tema, ver Considerandos (3) e (22) da Diretiva.

da empresa, mas também atuar de forma zelosa e diligente e adotar as medidas que sejam necessárias para evitar a insolvência (esta última, referida como obrigação de conteúdo positivo).<sup>7</sup>

## 1.2. Deveres de administradores no regime jurídico Português<sup>8</sup>

O artigo 64.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, do CSC estabelece os deveres fundamentais de administradores de sociedades comerciais que, por sua vez, compreendem condutas gerais a serem por eles observadas e/ou adotadas no desempenho de suas funções, na persecução do interesse social. Considerando que o dispositivo legal contém disposições amplas e genéricas, coube à doutrina propor as devidas concretizações, de modo a permitir operar seu alcance e efeitos.

Além de disponibilidade para o exercício das respectivas funções, os indivíduos eleitos a cargos de administração de sociedades comerciais deverão ser dotados de competência técnica e de conhecimento das atividades exploradas pela sociedade, adequados ao desempenho de referidas funções, bem como empregar no seu exercício a diligência de um gestor criterioso e ordenado. Trata-se do *dever de cuidado*, que compreende o dever de controle ou vigilância organizativo-funcional da sociedade, o dever de atuação procedimentalmente correta para

---

<sup>7</sup> Há, na doutrina, entendimento quase consensual de que, a despeito de a redação do artigo 19.º da Diretiva não ser tão assertiva, o comando nele inserido é tanto de teor obrigacional para a adoção de medidas destinadas a mitigar prejuízos a credores e a evitar a insolvência quanto o era o artigo 18.º da então Proposta de Diretiva (predecessor do referido artigo 19.º). Nesse sentido, ver, por exemplo, J. M. Coutinho de ABREU, «Administradores e (novo?) dever geral de prevenção da insolvência», in Catarina SERRA, coord., *V Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2019, 229-235, 230-232; e José Gonçalves MACHADO, «A responsabilidade civil dos gestores na pré-insolvência à luz da Diretiva 2019/1023/UE», *Revista de Direito Comercial*, 2022, 343-410, 359 a 363; 371 a 376; 378 a 381; e 408 a 410. Para entendimento de acordo com o qual a redação final do artigo 19.º da Diretiva não constitui efetivamente uma obrigação de os administradores atuarem de modo a evitar a insolvência, ver Alexandre de Soveral MARTINS, «“Em casa onde não há pão, toda a gente ralha e ninguém tem razão”: A propósito do dever de apresentação à insolvência e do dever (?) de evitar a insolvência», *Revista de Direito da Insolvência* 5 (2021) 57-58.

<sup>8</sup> Não serão objeto de análise no presente estudo questões relativas a deveres contratuais (estatutários) a que os administradores de sociedades possam estar sujeitos, tampouco quanto ao dever geral de observância e cumprimento às normas específicas de proteção a credores que não o dever de apresentação à insolvência.

a tomada de decisões, e o dever de tomar decisões substancialmente razoáveis.<sup>9</sup>

Ademais, têm os administradores a obrigação de absterem-se de praticar atos motivados por interesses pessoais próprios ou de terceiros<sup>10</sup>, e de atuar de modo que as decisões de gestão sejam tomadas levando-se em consideração as opções que, no entender dos administradores, atuando de boa-fé, possam promover da melhor forma o interesse social. Ao fazê-lo, deverão ainda os administradores levar em conta também interesses de outros *stakeholders*, dentre os quais os credores sociais<sup>11</sup>, atuando eles, desse modo, em benefício da sustentabilidade da própria sociedade. Trata-se do *dever de lealdade*, no âmbito do qual os administradores deverão comportar-se com correção em operações e negócios com a sociedade, abster-se de concorrer com as atividades da sociedade, e não poderão aproveitar, em benefício próprio, oportunidades de negócios, bens e informações da sociedade e tampouco abusar do estatuto ou da sua posição de administradores.<sup>12</sup>

A análise detida do artigo 64.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, do CSC revela que o comando normativo contido no artigo 19.º da Diretiva já se encontrava compreendido nos deveres de cuidado e de lealdade impostos aos administradores de sociedades comerciais.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Para concretizações dos deveres de cuidado e lealdade dos administradores, ver J. M. Coutinho de ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, 19.

<sup>10</sup> Ver Ricardo COSTA, «Artigo 64º (Deveres fundamentais)», in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, 787.

<sup>11</sup> Mas ainda assim, sempre pautando-se no interesse da própria sociedade (que, via de regra, não coincide com os interesses de credores sociais em geral). Ver José Gonçalves MACHADO, «A responsabilidade civil dos gestores na pré-insolvência à luz da Diretiva 2019/1023/UE», 363 a 365.

<sup>12</sup> Ver J. M. Coutinho de ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 26 a 34.

<sup>13</sup> No sentido de que especificamente o dever de cuidado já compreenderia o disposto no artigo 19.º da Diretiva, ver Alexandre de Soveral MARTINS, «Em casa onde não há pão, toda a gente ralha e ninguém tem razão», 59. No entanto, o citado autor não deixa claro se, ao fazê-lo, também admite que os administradores não teriam, no âmbito dos deveres de cuidado e de lealdade previstos no artigo 64.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, do CSC, a obrigação de adotar medidas e providências que visem a evitar a insolvência da sociedade. Isso porque com o emprego da expressão “perante o exposto”, parece que pretendeu o citado autor manifestar entendimento de que não seria necessário alterar o artigo 64.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, do CSC justamente pelo fato

Sem prejuízo de o artigo 64.º, n.º 1, alínea *b*), do csc já determinar que os administradores devem sempre ponderar os interesses de credores sociais, a depender das circunstâncias, a sociedade pode se encontrar em situação econômica difícil (artigo 17.º-B, do CIRE) ou diante de uma insolvência iminente<sup>14</sup>, demandando que os indivíduos à frente de sua gestão e operações atuem de modo a promover o *turnaround* da sociedade, mediante a implementação de uma reestruturação (do endividamento, outras obrigações ou mesmo de suas atividades), minimizar os prejuízos a credores sociais e, em última instância, evitar a insolvência.<sup>15</sup>

Se ao tempo da decisão a ser tomada pelos administradores a situação de insolvência já houver se configurado, deverão eles proceder à apresentação da sociedade à insolvência, conforme determinam os artigos 18.º e 19.º do CIRE. O artigo 18.º do CIRE, em particular<sup>16</sup>, caracteriza-se como norma de proteção a credores<sup>17</sup>, de perigo abstrato<sup>18</sup>.

---

de que o artigo 19.º da Diretiva não contém redação semelhante à do artigo 18.º da então Proposta de Diretiva (o que, no entender do citado autor, afastou a existência de uma obrigação de que os administradores deveriam atuar para evitar a insolvência). Para pistas bibliográficas a respeito da discussão sobre o tema, remetemo-nos à nota 8.

<sup>14</sup> Ainda que a *insolvência iminente* não tenha sido definida legalmente, tal conceito é referido em diversos dispositivos do CIRE, nomeadamente no artigo 1.º, n.ºs 2 e 3; artigo 3.º, n.º 4; artigo 17.º-A, n.º 1; artigo 23.º, n.º 2, alínea *a*); artigo 120.º, n.º 5, alínea *b*); artigo 222.º-A, n.º 1; e artigo 252.º, n.º 4.

<sup>15</sup> Daí se admitir que quando as circunstâncias apontam que a sociedade está a se aproximar de uma zona em que a insolvência pode se tornar inevitável, os deveres dos administradores passam a ser (em alguma medida) orientados, iluminados, prioritariamente pelos interesses dos credores. Sobre o tema, ver J. M. Coutinho de ABREU, «Administradores e (novo?) dever geral de prevenção da insolvência», 230 e 231.

<sup>16</sup> O artigo 19.º do CIRE concerne apenas a quem compete formular o pedido.

<sup>17</sup> No sentido de que normas que prevejam a obrigação dos administradores de apresentarem a sociedade à insolvência são destinadas à proteção de credores, ver Michelle van HAREN, «The Restructuring Directive and Its Impact on Directors' Duties and Liabilities in the Netherlands, Germany, and the United Kingdom», 41, 43 e 48.

<sup>18</sup> Para uma análise mais desenvolvida da expressão e dos efeitos sobre a distribuição do ônus probatório em eventual discussão sobre a potencial responsabilidade de administradores pela não apresentação da sociedade à insolvência, ver Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, «Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência», *Revista de Direito Comercial* (2018) 602-604 (ressalve-se que a ponderação do citado autor teve por base o disposto no artigo 18.º da então Proposta de Diretiva; o que, porém, não afeta ou invalida a conclusão apontada, mesmo quando a análise parte do disposto no artigo 19.º da Diretiva).

Uma vez instaurado o procedimento, abre-se a oportunidade para que se lance um olhar retrospectivo para escrutínio da conduta dos administradores nos três anos anteriores ao início do processo. Caso a situação de insolvência ou o seu agravamento seja resultado de atos ou omissões, por dolo ou culpa grave, de administradores, a insolvência poderá ser qualificada como culposa, atraindo a potencial responsabilidade solidária dos administradores afetados, nos termos dos artigos 186.º, n.ºs 1 a 5, e 189.º, n.ºs 1 a 4, do CIRE, os quais, é possível argumentar, também já compreendiam o racional jurídico constante do artigo 19.º da Diretiva.<sup>19</sup>

## **2. Alterações (pontuais) ao CSC e CIRE por força da transposição da Diretiva**

A transposição da Diretiva, realizada por meio da Lei n.º 09/2022, deu-se sem que tenham sido efetuadas alterações significativas ao regime existente no ordenamento jurídico Português. Em outras palavras, poucas foram as modificações a dispositivos do CSC e do CIRE decorrentes da dita transposição, sendo que apenas uma delas trata propriamente de responsabilidade de administradores. Sendo assim, apontaremos a seguir, em apertada síntese, as alterações que, a nosso ver, guardam relação direta e sejam significativas para a discussão do tema ora em análise.

Com efeito, conforme a nova redação do artigo 18.º, n.º 2, alínea *a*), do CIRE, excetuam-se do dever de apresentação à insolvência os administradores de sociedades que tenham iniciado processo especial de revitalização durante o período de suspensão das medidas de execução previsto no artigo 17.º-E, n.ºs 1 e 2. Tal alteração tem por fim dar efeito ao objetivo preconizado pela Diretiva, qual seja, oferecer mecanismos e incentivos para que administradores de sociedades evidenciem esforços de reestruturação preventiva quando forem elas economicamente viáveis, de modo a se evitar sua insolvência. Sendo assim, uma vez que os administradores tenham optado por dar início a um processo de revitalização, suspenso estará o dever de apresentação da sociedade à insolvência.

---

<sup>19</sup> Sobre o assunto, ver Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, «Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência», 621-622.

O n.º 3 do artigo 186.º do CIRE também sofreu alteração por ocasião da transposição efetuada, ainda que referida modificação não decorra propriamente do que determinava de maneira geral a Diretiva. Em outras palavras, o legislador Português aproveitou a oportunidade para colocar fim à discussão observada na doutrina e na jurisprudência a respeito do efetivo alcance da presunção prevista no referido dispositivo legal para o caso de os administradores de determinada sociedade deixarem de apresentá-la à insolvência quando, dadas as circunstâncias do caso concreto, estivessem obrigados a tanto. Com a nova redação conferida ao n.º 3 do artigo 186.º do CIRE, se, estando obrigados a fazê-lo, os administradores de uma dada sociedade deixarem de apresentá-la a insolvência, operará em seu desfavor **unicamente** presunção de culpa grave, restando ainda necessário que seja demonstrada a existência de nexo de causalidade entre a não apresentação e a criação da situação de insolvência ou seu agravamento.<sup>20</sup>

Ainda, foi acrescido um novo n.º 4 ao artigo 35.º do CSC para estabelecer que a instauração de um processo de reestruturação previsto no CIRE torna inaplicável, durante a pendência do referido processo, o disposto nos números anteriores com relação a medidas a serem tomadas em virtude da constatação da perda de metade do capital social do devedor.

### 3. Contributos sobre a conduta de administradores de sociedades em crise

Cabendo aos administradores avaliar as circunstâncias do caso concreto para, então, determinar o curso de ação para uma sociedade que se encontre em um contexto de crise, parece-nos fora de dúvida que a aferição da probabilidade de insolvência dependerá da definição do correto e adequado comparativo a adotar. Sendo a liquidação a alternativa mais provável no caso de inexistirem esforços de reestruturação ou, tendo havido (tais como discussões extrajudiciais para a obtenção de *standstill*, o eventual *rescheduling* de obrigações e dívidas, a concessão de *haircuts*, dentre outros), restarem eles infrutíferos, a apresentação à insolvência seria a medida a se impor.

---

<sup>20</sup> Para uma análise mais detida sobre o assunto (ainda que baseada na então Proposta de Diretiva), ver Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, «Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência», 596 a 606.

Inúmeras são as nuances e filigranas da análise a ser feita pelos administradores para a tomada de decisão quanto às potenciais soluções que se afiguram mais adequadas, entre a atuação atempada e esforços de reestruturação para evitar a insolvência, a apresentação da sociedade à insolvência com a perspectiva de posteriormente submeter um plano visando ao eventual soerguimento do devedor<sup>21</sup>, ou a mera apresentação da sociedade à insolvência para sua liquidação (realização dos ativos e emprego dos recursos provenientes no pagamento a credores). Eventualmente, a abertura do procedimento de insolvência, com a rápida venda e transferência do conjunto de bens e direitos (e respectivas linhas de negócio), organizados de modo que permita a um terceiro explorá-los (como *going concern*) de forma mais eficiente, preservando-se, dessa forma, a unidade produtiva, os postos de trabalho e outros interesses que gravitam em seu entorno, pode ser a medida mais adequada sob a perspectiva de mitigação de prejuízos aos credores.<sup>22</sup>

A depender das condições e especificidades presentes no caso concreto, a solução para a crise da sociedade poderá demandar a tomada de medidas e providências distintas.<sup>23</sup>

Releva notar que a priorização de uma potencial reestruturação preventiva, a nosso ver, não retira dos administradores a discricionariedade empresarial, dado que seguirá competindo a eles avaliar a situação econômico-financeira da sociedade e, conforme o caso, apresentá-la à insolvência ou empreender esforços de reestruturação. Mesmo que, a partir do momento em que os administradores vislumbrem (ou devessem vislumbrar) uma probabilidade de insolvência, passem a incidir, em face deles, deveres específicos de buscar uma

---

<sup>21</sup> Ver José Gonçalves MACHADO, «A responsabilidade civil dos gestores na pré-insolvência à luz da Diretiva 2019/1023/UE», 378.

<sup>22</sup> Sobre a utilidade de procedimentos de insolvência (liquidação) para a preservação do conjunto organizado de ativos do devedor e manutenção da atividade desempenhada por meio deles, ainda que sob o comando e titularidade de outro agente econômico, ver José Gonçalves MACHADO, «A responsabilidade civil dos gestores na pré-insolvência à luz da Diretiva 2019/1023/UE», 364, 370 (nota 50) e 381; e Igor Silva de LIMA / Gustavo dos Reis LEITÃO, «Reflexões sobre o Plano de Credores na Reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falências», in Ronaldo VASCONCELOS *et. al.*, *Reforma da Lei de Recuperação e Falência*, São Paulo: Editora IASP, 2021, 625-648, 632.

<sup>23</sup> Ver José Gonçalves MACHADO, «A responsabilidade civil dos gestores na pré-insolvência à luz da Diretiva 2019/1023/UE», 367.

reestruturação preventiva, preserva-se uma elevada dose de discricionariedade empresarial na avaliação dos elementos disponíveis e determinação da solução mais adequada para as dificuldades enfrentadas pela sociedade.

É indiscutível a dificuldade que administradores de sociedade em crise são obrigados a enfrentar para a avaliação da situação econômico-financeira da sociedade em questão e tomada de decisão, seja para a condução de esforços de reestruturação (e quais medidas e providências a tomar nesse contexto), seja para a apresentação à insolvência. A própria identificação da efetiva probabilidade (ou inevitabilidade) da insolvência é tarefa por vezes difícil de cumprir.<sup>24</sup>

Ainda, não se pode olvidar que esforços de reestruturação não podem ser manejados com fins oportunistas, com a finalidade de meramente dar a impressão de que os administradores se empenharam (ainda que de forma inadequada ou não atempada) para evitar a insolvência, de modo a tentarem se eximir de uma eventual responsabilidade.<sup>25</sup>

Por fim, ressaltamos que mesmo após sua transposição para o ordenamento jurídico Português, ainda assim a Diretiva – inclusive o disposto em seus Considerandos (70) e (71) – se afigura como fonte a nortear não apenas os administradores com relação à conduta que deva ser por eles assumida em cenários de crise econômico-financeira envolvendo sociedades, mas também os próprios Tribunais na interpretação das normas existentes (e que restaram inalteradas) que tratam dos deveres de administradores e do regime jurídico de responsabilidade a eles aplicável.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Para variações quantitativas e qualitativas para a aferição do grau de probabilidade de ocorrência de insolvência se uma reestruturação não for efetuada, ver José Gonçalves MACHADO, «A responsabilidade civil dos gestores na pré-insolvência à luz da Diretiva 2019/1023/UE», 358 e 359 (nota 26). Essas variações podem auxiliar os administradores na avaliação da situação e tomada de decisão.

<sup>25</sup> Ver Alexandre de Soveral MARTINS, «Em casa onde não há pão, toda a gente ralha e ninguém tem razão», 58 (nota 21).

<sup>26</sup> Ver, sobre o tema, Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, «Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência», 627; e Michelle van HAREN, «The Restructuring Directive and Its Impact on Directors' Duties and Liabilities in the Netherlands, Germany, and the United Kingdom», 46 e 48-50.

## Bibliografia

- ABREU, J. M. Coutinho de, «Administradores e (novo?) dever geral de prevenção da insolvência», in Catarina SERRA, coord., *V Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2019, 229-235.
- *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2010.
- COSTA, Ricardo, «Artigo 64º (Deveres fundamentais)», in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2017, 787-808.
- DINIS, David Sequeira / NUNES, Raquel Cardoso, «A Diretiva (UE) 2019/1023 e a Reestruturação Preventiva das Empresas», *Revista de Direito da Insolvência* 5 (2021) 153-174.
- DOMINGUES, Paulo de Tarso, «A transposição, na vertente societária, da Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência (Diretiva (UE) 2019/1023, de 20 de junho de 2019)», *Direito das Sociedades em Revista* 27 (2022) 221-241.
- HAREN, Michelle van, «The Restructuring Directive and Its Impact on Directors' Duties and Liabilities in the Netherlands, Germany, and the United Kingdom», in Jennifer L. L. GANT, *Harmonisation of Insolvency and Restructuring Laws in the EU*, Nottingham: INSOL Europe, 2020, 38-50.
- HENRIQUES, Sérgio Coimbra, «The Duties of Directors When There Is a Likelihood of Insolvency and the Proposal for a New Directive», *European Company Law Journal* 16/2 (2019) 50-57.
- HUNTER, Muir, «The Nature and Functions of a Rescue Culture», *Commercial Law Journal* 104/4 (1999) 426-463.
- LIMA, Igor Silva de / LEITÃO, Gustavo dos Reis, «Reflexões sobre o Plano de Credores na Reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falências», in Ronaldo VASCONCELOS *et. al.*, *Reforma da Lei de Recuperação e Falência*, São Paulo: Editora IASP, 2021, 625-648.
- MACHADO, José Gonçalves, «A responsabilidade civil dos gestores na pré-insolvência à luz da Diretiva 2019/1023/UE», *Revista de Direito Comercial* (2022) 343-410.
- MARTINS, Alexandre de Soveral, «“Em casa onde não há pão, toda a gente ralha e ninguém tem razão”: A propósito do dever de apresentação à insolvência e do dever (?) de evitar a insolvência», *Revista de Direito da Insolvência* 5 (2021) 49-70.

- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, «Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência», *Revista de Direito Comercial* (2018) 533-628.
- OMAR, Paul J., «The European initiative on wrongful trading», *Insolvency Lawyer* 6 (2003) 239-249.

# La adopción del plan de reestructuración preventiva por los socios

✉ [https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao\\_empresas/parte06\\_4](https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte06_4)

MARÍA SALOMÉ LORENZO CAMACHO\*

*Resumen:* El régimen legal de los planes de reestructuración preventiva (arts. 614-671 de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal), reconoce a los socios de la compañía deudora el derecho de voto cuando el plan prevea medidas que exijan su consentimiento, estableciendo para dicho fin determinadas reglas que simplifican el procedimiento de aprobación del plan por los mismos. En la medida en que el plan de reestructuración pueda contener actos u operaciones societarias que impliquen nuevas obligaciones para los socios o afecten a sus derechos individuales o de clase, en el presente trabajo se analiza en qué medida puede afectar a la aprobación del plan la observancia de dichas reglas especiales de tutela de los socios.

*Palabras Clave:* Planes de reestructuración, socios, arrastre, reglas especiales tutela de los socios.

*Abstract:* The legal regime of restructuring plans (Insolvency Law Reform Act, articles 614-671), recognises the voting rights of the debtor company's shareholders when the plan includes measures that require their consent, establishing certain rules that simplify the procedure in order to approve the plan. To the extent that the restructuring plan may contain corporate operations that entail new obligations for the shareholders, or affect their individual or class rights, this paper analyses how these special rules for the protection of shareholders affects the adoption of the plan.

---

\* Profesora Ayudante Doctor (acr), Universidad de Sevilla.

*Keywords:* Restructuring plans, shareholders, cramdown, special rule for shareholder's protection.

*Sumario:* Planteamiento. II. La decisión de los socios sobre la aprobación del plan. III. el ajuste de las operaciones que incorpore el plan a la legislación societaria aplicable *ex* artículo 631.3 TRLC. IV. El arrastre de los socios disidentes y las causas de impugnación del auto de homologación por los socios. Bibliografía.

## Planteamiento

En la medida en que los planes de reestructuración preventiva incorporan operaciones que afecten a la estructura del capital, resulta necesario prestar atención al sustrato personal de las compañías deudoras. De entrada, los socios se pueden llegar a convertir en un elemento que impida el acceso a la reestructuración temprana, frustrando con su comportamiento el salvamento de la empresa. Es en esta línea en la que la DRII introdujo herramientas para procurar que los Estados miembros evitasen que, con el normal funcionamiento de las normas de Derecho de sociedades, los socios bloqueasen el saneamiento: desde excluirlos del plan de reestructuración (art. 9.3) hasta reconocer que se les impusiera por homologación judicial un plan *no consensual* (art. 11.1). Esta última regla sí ha tenido su reflejo en la reciente Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal<sup>2</sup> (arts. 639, 640 TRLC), resultando especialmente perjudicial y gravosa para las compañías medianas (igualmente, grupos familiares de perfil cerrado)<sup>3</sup> que, en mayor

---

<sup>1</sup> 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 (DOUE 172 [26 de junio de 2019] 18-55).

<sup>2</sup> LEY 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma del texto refundido de la Ley Concursal (BOE 214 [6 de septiembre de 2022] ref. BOE-A-2022-14580, <<https://www.boe.es/eli/es/l/2022/09/05/16/con>>.

<sup>3</sup> Muy ilustrativamente, refiriéndose a los principales rasgos distintivos de las sociedades de capital cerradas, Jesús «ALFARO ÁGUILA-REAL, Los problemas contractuales en las sociedades cerradas», *InDret* 4 (2005) 6-7. Indicando el autor que, con carácter general, el número de socios en estas compañías es pequeño, con lo que consecuentemente se da una significativa concentración de la propiedad del capital, los socios son familiares o amigos, y viven próximos unos de otros, todos participan

número, desarrollan su actividad empresarial en el ámbito nacional, dado que gran parte de las mismas no presentan realmente el modelo o estructura para el que, en un principio, parecía destinar la norma comunitaria el régimen de los marcos de reestructuración preventiva<sup>4</sup>.

Es en este tipo de sociedades en las que los socios pueden llegar a mostrar una mayor resistencia y aversión a la adopción de decisiones que posibiliten la continuidad de la compañía cuando la empresa es viable, cuando con las mismas se vean obligados a sacrificar sus posiciones, ya sea con la entrada de acreedores en el capital, o con modificaciones estructurales como la fusión o la transformación de la compañía (arts. 2.1.1 DRI y 614 TRLC).

Precisamente por esto último, y como manifiesta tanto en su articulado como en sus Considerandos (art. 12, Cdo. 96), uno de los principales propósitos de la DRI fue resolver la posible conducta obstruccionista o perjudicial para el plan que pudieran tener los socios de la compañía (*holdout* de los socios)<sup>5</sup>. En su proceso de incorporación al Derecho interno, y en lo que aquí interesa, nos detenemos especial-

---

activamente en la gestión social (es decir, son inversores activos) y «viven» de la empresa social, en el sentido de que tienen buena parte de su patrimonio invertido en la empresa social y esta es su principal fuente de rentas siendo, a menudo, asalariados de esta.

<sup>4</sup> Jose Carlos VÁZQUEZ CUETO, «El concepto de reestructuración en los trabajos prelegislativos de incorporación de la Directiva 2019/1023», en Alberto DÍAZ MORENO, dir., *La reestructuración como solución de las empresas viables*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022, 63-68; refiriéndose a que, conforme a las reglas por las que se delimitan las personas jurídicas «de pequeño tamaño» y las microempresas, los textos proyectados (y, actualmente, la LRLC) están excluyendo de facto a las medianas empresas de dicho régimen, dado que se caracteriza a la PYME con unos umbrales máximos más cercanos a los que, en la normativa jurídico-contable, pertenecen a las pequeñas empresas.

<sup>5</sup> Sobre los posibles bloqueos en el contexto de las sociedades de capital cerradas, Javier MEGÍAS LÓPEZ, «Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y de minoría», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* 47 (2014) 16-17. Se apunta al respecto a las situaciones de abuso de la posición jurídica de socio en este tipo de compañías, dado que sus características las hacen proclives al oportunismo: la concentración de la propiedad del capital deriva en núcleos de poder que se manifiestan a través del control de la mayoría, pero también se pueden generar posiciones de control minoritario, a través de la capacidad de bloqueo de estos últimos (p. e., no asistiendo a la Junta general, lo que podría derivar en un defecto de constitución de la misma cuando se requiera legal o estatutariamente un *quórum* reforzado; o bien, un acuerdo social que revista especial significación en momentos críticos para la sociedad, en términos de pervivencia, y no pueda salir adelante sin el voto de la minoría).

mente en la solución adoptada por el legislador español respecto a la participación de los socios en la adopción del plan, reconociéndoles el derecho de voto cuando el mismo prevea medidas que exijan su consentimiento, que tendrá que manifestarse conforme a lo establecido para el tipo legal que corresponda, si bien, rebajándose determinadas exigencias respecto a *quórum*s y mayorías para la adopción del acuerdo (art. 631.1 TRLC).

Pero, aunque a través de esta medida, el texto normativo haya logrado una simplificación del procedimiento para la adopción del plan por los socios, neutralizando con ello, en gran parte, los derechos y garantías que asisten a aquellos, ni la DRI ni la TRLC han modalizado determinadas reglas del Derecho de sociedades de capital que, igualmente, pueden llegar a repercutir negativamente en la aprobación y ejecución del plan de reestructuración.

En relación con esto último, en las páginas que siguen nos detenemos, especialmente, en la nueva regla incorporada en el artículo 631.3 TRLC que, sobre el proceso de adopción del plan de reestructuración por los socios, y, *«salvo por lo que respecta a la formación de la voluntad social de conformidad con lo previsto en este artículo y a la protección de los acreedores»*, advierte que cualquier operación que prevea el plan habrá de someterse a la legislación societaria aplicable. Como se analizará a continuación, con la incorporación de esta previsión surge el interrogante respecto a determinadas reglas especiales previstas normativamente para las sociedades de capital cuya aplicación podría invocarse, en un momento determinado, por los socios o accionistas de la compañía deudora. Nos referimos, en concreto, a las reglas especiales de tutela de los socios que, ante modificaciones estatutarias que impliquen nuevas obligaciones para los mismos o afecten a sus derechos individuales o de clase, exigen su consentimiento individual o la aprobación por la clase afectada (arts. 291-293 LSC). En relación con esto último, nos planteamos si la posible adopción del plan por los socios conforme a las reglas previstas en el artículo 631.2 TRLC, pero sin haberse observado las reglas tutelares de la posición de socio mencionadas, podría derivar en la ineficacia del acuerdo de aprobación del plan, así como en una posible impugnación del auto de homologación del plan por los socios o accionistas *ex* artículo 656 TRLC.

## I. La Decisión de los Socios sobre la Aprobación del Plan

El TRLC ha optado por una solución intermedia frente a los contenidos de la DRI, reconociendo el derecho de voto a los socios de la compañía deudora cuando el plan de reestructuración prevea medidas que exijan su consentimiento (p. e., ampliaciones de capital, modificaciones estructurales o bien se disponga de activos esenciales de la compañía), que tendrá que manifestarse conforme a lo establecido para el tipo legal que corresponda (art. 631.1 TRLC), y no conforme al sistema de votación aplicable a las clases de acreedores (art. 629 TRLC).

En concreto, y en caso de que la compañía deudora fuese una sociedad de capital, el artículo 631.2 TRLC establece que serán aplicables «*las reglas generales*» (se entiende, la mayor parte de las disposiciones relativas a la junta general -arts. 159 y ss. TRLC-), aunque se establecen algunas especialidades: respecto al plazo entre la convocatoria y la fecha de celebración de la junta general, que será de diez días; en cuanto al *quórum* y mayorías (que no podrán adoptar los posibles *quórum*s o mayorías estatutarias reforzadas que pudieran ser de aplicación a la aprobación del plan y a los actos u operaciones que deban llevarse a cabo en su ejecución); en materia de impugnación (dado que el acuerdo de la junta que apruebe el plan sólo será impugnabile por el cauce y el plazo previsto para la impugnación u oposición a la homologación), y respecto al orden del día. En este último sentido, obsérvese que, al margen de que el plan de reestructuración comporte una multiplicidad de actos u operaciones societarias (cada una de las cuales, con su propio régimen legal) la junta general se limitará a la aprobación o rechazo del plan «*en todos sus términos, sin que se puedan incluir o proponer otros asuntos*» (art. 631.2. 3º TRLC).

Como puede apreciarse, y en la misma línea perseguida por la DRI de lograr un pronunciamiento favorable al plan de reestructuración, el texto normativo ha optado en este sentido por una simplificación procedimental y por una neutralización de los derechos y garantías que asisten, con carácter general, al socio en el ejercicio de sus derechos políticos de información, voto, e impugnación de acuerdos.

Quizá, para dar respuesta a la pérdida de derechos y garantías que padecerá el socio o accionista en el proceso de adopción y ejecución del plan de reestructuración, podría ubicarse la razón de ser del artículo 631.3 TRLC, conforme al cual, salvo por lo que respecta a la voluntad

social y a la protección de acreedores, las operaciones societarias que prevea el plan deberán ajustarse a la legislación societaria aplicable.

La indeterminación de esta nueva previsión deja en el aire cuestiones como las normas de Derecho de sociedades que resulten de aplicación a la operación concreta y que habrá que respetar en el proceso de adopción del plan de reestructuración. Y ello, con un elevado riesgo de que dicha regla termine siendo un recurso contraproducente para lograr la aprobación del plan, dado que podría ser alegada por cualquier socio oportunista en el contexto de la junta general *ex* artículo 631.2 TRLC, retrasando o entorpeciendo con sus alegaciones o peticiones los trámites procedimentales necesarios para la adopción del plan. Desde esta perspectiva, el contenido del artículo 631.3 TRLC no estaría, a nuestro juicio, en coherencia con los dictados del Derecho comunitario y, más concretamente, con el deber que se impone a los Estados miembros de garantizar que los socios o accionistas no impidan injustificadamente la adopción del plan de reestructuración; así como que el proceso de adopción y ejecución no se vea comprometido por las normas de Derecho de sociedades (cfr. arts. 12, 32 DRI; Cdos. 57, 96).

## **II. El Ajuste de las Operaciones que Incorpore el Plan a la Legislación Societaria Aplicable Ex Artículo 631.3 TRLC**

Siguiendo prácticamente la misma línea que el artículo 2.1.1 de la DRI respecto al concepto de reestructuración, el artículo 614 TRLC prevé que se considerarán como planes de reestructuración aquellos que tengan por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o bien una combinación de los elementos referenciados.

Conforme al contenido del precepto, puede afirmarse que los planes de reestructuración podrán incorporar operaciones ciertamente heterogéneas, cada una de ellas con variadas características y regímenes aplicables. Sí es necesario, no obstante, que el núcleo de la operación vaya encaminado al *desapalancamiento* del pasivo financiero o estructural; ello, sin perjuicio de que la reestructuración comporte una operación compuesta, que también incorpore otras medidas que afecten al

activo, a la estructura del neto o incluso a la explotación ordinaria del objeto social<sup>6</sup>.

Entre las operaciones que tengan como efecto el *aligeramiento* del pasivo destacan, principalmente, la capitalización de los créditos por conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora, la realización de modificaciones estructurales o la disposición de los activos esenciales de la compañía. Si bien cada una de ellas, conforme a las normas del Derecho de sociedades de capital, se encuentran sometidas a la aprobación de la junta general, obsérvese, no obstante, que la exigencia de dicho acuerdo social se entendería cumplido, en el contexto de un plan de reestructuración preventiva, con la aprobación del mismo por los socios conforme a las reglas previstas en el artículo 631.2 TRLC. En este sentido, y como apuntábamos anteriormente, el propio precepto advierte que, para la aprobación del plan por los socios, el orden del día se limitará a la aprobación o rechazo del plan por los socios «*en todos sus términos*» (art. 631.2. 3ª TRLC). En la misma línea, se indica que no se observarán en este escenario preconcursal los *quórum*s o mayorías estatutarias reforzadas que pudieran aplicarse a la aprobación del plan «*y a los actos y operaciones que deban llevarse a cabo en su ejecución*» (art. 631.2. 4ª TRLC). De acuerdo con ello, podría afirmarse que las operaciones societarias que las normas de Derecho de sociedades de capital someten y reservan expresamente a la competencia de la Junta general se entenderán adoptadas, de aprobarse el plan de reestructuración por los socios conforme a las reglas del artículo 631.2 TRLC, por *subsunción*<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Refiriéndose al despalancamiento o alivio de deuda como «*núcleo irreductible*» de todo plan de reestructuración que pretenda acogerse a este nuevo régimen, José Carlos VÁZQUEZ CUETO, «El concepto de reestructuración en la Directiva 2019/1023 y su traslación al Derecho español de sociedades de capital», *Lex Mercatoria* 18 (2021), 20-25.

<sup>7</sup> Al hilo de la regulación prevista en el Anteproyecto de Ley y en el Proyecto de Ley para la Reforma del texto refundido de la Ley Concursal, María Salomé LORENZO CAMACHO, «La repercusión del plan de reestructuración preventiva sobre la posición jurídica de socio (a propósito del artículo 631.3 PLRC)», en *La reestructuración como solución de las empresas viables*, 396. Esta misma conclusión se observa en Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, «Saneamiento por pérdidas y reducción preconcursal del capital social en los planes de reestructuración preventiva», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 5 (2022) 88-89; en un sentido crítico con el régimen de aprobación del plan de reestructuración por los socios, advierte que no se distingue con precisión entre el acuerdo social aprobatorio del plan de reestructuración y el acuerdo social de

Pero más allá de esto, es decir, de la adopción del plan por los socios conforme al procedimiento especial y simplificado diseñado en el texto normativo, basta con aproximarse al régimen legal de las sociedades de capital para advertir la existencia de otros extremos que sobrepasan a la reserva competencial a favor de la Junta general respecto a determinadas operaciones, sobre los que cabe preguntarse qué impacto pueden llegar a tener en el proceso de aprobación del plan de reestructuración por los socios de la compañía deudora.

En este sentido, el régimen previsto para la aprobación del plan de reestructuración por los socios *ex* artículo 631.2 TRLC no determina qué ocurrirá en aquellos casos en los que dicho plan prevea, entre sus medidas, una modificación de los estatutos sociales de la sociedad deudora por las que se impongan nuevas obligaciones a los socios, que afecte a los derechos individuales de los mismos, o bien, que afecte directa o indirectamente a los derechos de una clase de acciones. En estas situaciones, no puede obviarse que el principio mayoritario se encuentra sometido normativamente a determinados límites o mecanismos tutelares de la posición jurídica de socio. En concreto, y conforme al régimen legal vigente, cuando en el marco de una modificación estatutaria surjan nuevas obligaciones para los socios (art. 291 LSC), o la misma afecte a los derechos individuales o de clase (arts. 292, 293 LSC), la validez del acuerdo social de modificación de los estatutos sociales quedará condicionada a la manifestación del consentimiento de los

---

adopción de los actos u operaciones societarias contenidas en el plan (o «*embebidas*» en el plan, como las califica el autor) a las que se refiere el artículo 631.2.4º LRLC. Considera que ello conduce a presumir que, con la aprobación de la propuesta del plan de reestructuración, se entiende también producida la aprobación de las correspondientes medidas u operaciones contenidas en el plan. Concluye al respecto que, «(...) *de cualquier manera, en caso de "unidad de acto", entiendo inaplicable el principio de votación separada: en la aprobación de sendos acuerdos sociales no debe respetarse el principio de votación separada del artículo 197 bis LSC sino pueden resolverse ambas cuestiones en un mismo punto del orden del día por no ser sustancialmente independientes. El proyecto de Ley, como siempre parco en estas cuestiones, no aclara sin embargo si basta incluir en el orden del día la referencia a la aprobación del plan o si, en caso de contenido societario, es necesario detallar en el orden del día con claridad suficiente las eventuales operaciones societarias embebidas en el plan, lo que parece más que razonable*». Se cuestiona también si en la junta general que apruebe o rechace el plan deben aprobarse también los actos y operaciones societarias en él previstas, Javier JUSTE MENCÍA, «La junta de socios y los planes de reestructuración en el Derecho proyectado», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 6 (2022) 53-54.

socios afectados (arts. 291, 292 LSC), o bien al acuerdo de la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada, bien en junta especial o en votación separada (art. 293 LSC).

Si bien no es nuestro propósito exponer, en este punto, todos los posibles supuestos en los que un acuerdo de modificación de estatutos habrá de someterse a los límites jurídicos señalados, sirva de ejemplo, al respecto, el supuesto en el que sea preciso el consentimiento individual de los socios afectados (art. 292 LSC) por la modificación de estatutos que suponga la atribución de un privilegio en el reparto de las ganancias sociales a determinados socios; o la que tenga por objeto la supresión del derecho de separación en el caso previsto en el artículo 346.1.d LSC.

Parece más que probable que, de entre las operaciones que incorpore el plan de reestructuración, algunas de las mismas comporten la activación de los mecanismos de tutela de la posición jurídica de socio y, por lo tanto, el acuerdo social correspondiente se someta a determinados límites, como los previstos en los artículos 291 a 293 LSC.

Como apuntábamos anteriormente, podría ser que, en un intento por dar solución a los posibles supuestos en los que las normas de Derecho societario pudieran repercutir sobre la aprobación del plan de reestructuración por los socios, se encontraría la razón de ser de la regla incorporada en el artículo 631.3 TRLC, cuyo contenido consideramos necesario reproducir en este punto:

«Salvo por lo que respecta a la formación de la voluntad social de conformidad con lo previsto en este artículo y a la protección de los acreedores, cualquier operación societaria que prevea el plan deberá ajustarse a la legislación societaria aplicable. En particular, en el caso de que el plan prevea una modificación estructural, los acreedores a los que afecte el plan no tendrán derecho de oposición».

En lo que aquí interesa, lo primero que se advierte en la regla transcrita es cierta imprecisión técnica por parte del legislador. En efecto, y a pesar de la contundencia del texto a la hora de someter las operaciones societarias que incorpore el plan a las normas propias de Derecho societario que les resulten de aplicación, lo cierto es que, de un examen detenido de la materia se comprueba que el contenido del artículo 631.3 TRLC no se compadece de las consecuencias que puede llegar a tener la regla que incorpora respecto a la adopción del plan.

Piénsese que, si las operaciones societarias que incorpora el plan de reestructuración tienen que ajustarse a la legislación societaria que les resulte de aplicación, el sometimiento de los acuerdos sociales de modificación de estatutos a límites legales como los previstos en los artículos 291 a 293 LSC podrían llegar a transmutarse en un recurso empleado por los socios o accionistas para obstaculizar la adopción del plan de reestructuración (cfr. art. 631.2. 4.º TRLC)<sup>8</sup>.

Con carácter general, no puede perderse de vista que medidas como la prevista respecto a la exigencia del consentimiento individual de los socios, o la relativa a la aprobación por la mayoría de las acciones pertenecientes a una clase afectada, no suponen una alteración del régimen de mayorías que operará respecto al acuerdo de modificación de estatutos en el seno de la Junta general. Más exactamente, dichos mecanismos tutelares representan un límite a aquel régimen, en el sentido de que el acuerdo social de modificación de los estatutos sociales no podrá desplegar los efectos que le son propios mientras no concurra, de ser exigible *ex* artículos 291, 292 y 293 LSC, el consentimiento individual de los socios o la aprobación por la mayoría de las acciones de la clase afectada, según el caso<sup>9</sup>. En línea con lo indicado, el

---

<sup>8</sup> En la misma línea que el artículo 291 LSC a la hora de exigir que el consentimiento individual del socio cuando la modificación estatutaria implique nuevas obligaciones para los socios, puede mencionarse el artículo 89.1 LSC, conforme al cual, la creación, modificación y la extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias se acordará con los requisitos previstos para la modificación de los estatutos sociales, requiriendo, además, el consentimiento individual de los obligados.

<sup>9</sup> Aurora MARTÍNEZ FLÓREZ, «Los derechos individuales de los socios ante la modificación de los estatutos sociales en la sociedad limitada. Primera parte», *Revista de Derecho de Sociedades* 34 (2010) 63. Indicando al respecto que «*el principio mayoritario por sí solo desplegará todos sus efectos en el ámbito que le es propio; no en aquel otro en el que la ley ha querido excluir su eficacia si no va acompañado del consentimiento de los socios*»; Ricardo CABANAS TREJO, «Los estatutos de la sociedad y su modificación», *Diario La Ley* 9082 (2017) 7-10; y del mismo autor, «Sobre los derechos individuales del sociedad en la sociedad limitada y el alcance de la calificación registral», *Diario La Ley* 9266 (2018) 2-4. Igualmente, Pablo ÁVILA DE LA TORRE, «Artículo 291. Nuevas obligaciones de los socios», en José Antonio GARCÍA CRUCES / Ignacio SANCHO GARGALLO, dir., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, 4080-4081. Recuerda el autor que la regla prevista en el artículo 291 LSC establece un límite al principio mayoritario, aunque no cuestiona su régimen. Ello implica que la modificación estatutaria resultará aprobada con las mayorías exigidas, no siendo relevante el voto del socio afectado, aunque la peculiaridad se encuentra

contenido de los artículos 158.3 y 195.2 RRM resulta terminante cuando establece que, en los casos en los que la modificación de los estatutos sociales implique nuevas obligaciones para los socios o accionistas, o bien afecte a sus derechos individuales, la escritura de modificación no podrá inscribirse sin que conste el consentimiento individual de los afectados<sup>10</sup>.

Como es obvio, las anteriores consideraciones resultan igualmente trasladables a los supuestos en que los planes de reestructuración contengan medidas que requieran el acuerdo de los socios (art. 631 TRLC). Más concretamente, cuando prevean operaciones que exijan una modificación estatutaria y esta, a su vez, implique nuevas obligaciones para los socios o bien afecte a los derechos individuales de los mismos, la operación se compondrá de dos elementos: el acuerdo de la junta general adoptado con las mayorías previstas en el artículo 631.2. 4º TRLC, y que comportará la aprobación o rechazo del plan «*en todos sus términos*»; y el consentimiento individual de los afectados. Ambos elementos (voluntad social y consentimiento individual) resultarán necesarios para la eficacia y posterior ejecución de la modificación estatutaria, por lo que faltando uno de ellos no existirá tal operación<sup>11</sup>.

---

en que el acuerdo, una vez adoptado, condiciona su validez a la manifestación del consentimiento de los afectados por la imposición de nuevas obligaciones.

Refiriéndose a ello, pero en el contexto de los planes de reestructuración preventiva, LUÍS FERNÁNDEZ DEL POZO, «El derecho de preferencia en los aumentos de capital concursales», *Almacén de Derecho* (21 de diciembre de 2021), versión electrónica: <<https://almacendederecho.org/el-derecho-de-preferencia-en-los-aumentos-de-capital-concursales>>. El autor advierte que el plan de reestructuración podría prever medidas societarias que interfieren con ciertos derechos individuales de los socios «*que, como es sabido, no están sometidos a la regla de la mayoría*».

<sup>10</sup> Frente a ello, y respecto a la modificación de estatutos que lesione directa o indirectamente los derechos de una clase de acciones, el artículo 159.1 RRM establece que en la escritura se expresará, «*que la modificación ha sido acordada, además de por la Junta General, por la mayoría de los accionistas pertenecientes a la clase afectada, bien en Junta especial, bien en votación separada en la Junta General*».

<sup>11</sup> Al hilo de la regulación prevista en el Anteproyecto de Ley y en el Proyecto de Ley para la Reforma del texto refundido de la Ley Concursal, MARÍA SALOMÉ LORENZO CAMACHO, «La repercusión del plan de reestructuración preventiva sobre la posición jurídica de socio (a propósito del artículo 631.3 PLRC)», en *La reestructuración como solución de las empresas viables*, 396 y ss., trabajo en el que mantengo esta misma interpretación. Igualmente, MIGUEL IRIBARREN BLANCO, «Los socios en los planes de reestructuración en la reforma del texto refundido de la Ley Concursal», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 6 (2022) 126; considerando que no hay razón para

A nuestro modo de ver, pudiera llegar a intuirse que el propósito que subyace en el texto normativo es el de sacrificar las reglas especiales de tutela de los socios y accionistas en favor de la adopción de los planes de reestructuración. Más exactamente, parece que las mismas se han considerado integradas en el concepto de «*voluntad social*» al que se refiere el artículo 631.3 TRLC y, por ende, acabarían absorbidas o suplidas en el contexto de los planes de reestructuración preventiva con la aprobación de este por los socios conforme al artículo 631.2 TRLC. Desde esta perspectiva, se entendería que el legislador no contemple la posible incidencia de las reglas especiales de tutela de los socios en la aprobación del plan por los mismos. Esta idea podría sostenerse si se atiende, en sede de ejecución del plan, al contenido del artículo 650.2 TRLC, que faculta a los administradores sociales para llevar a cabo las modificaciones estatutarias que sean precisas «*cuando el plan contuviera medidas que requirieran acuerdo de junta o asamblea de socios y esta no las hubiera acordado*». Obsérvese cómo, en este otro precepto, se hace referencia a las medidas que prevea el plan de reestructuración que se sometan al acuerdo de la junta, pero, de nuevo, en ningún extremo se advierten referencias a aquellos casos en los que la voluntad social resulte, por sí misma, insuficiente para la eficacia de la operación societaria (*v. gr.*, la modificación de estatutos), no pudiendo desplegar sus efectos en tanto no concurren consentimientos adicionales, ya sean de carácter individual o colectivo, referido a un grupo más reducido cuando la modificación estatutaria afecte a los derechos de una clase de acciones (arts. 158.3, 159.1, 192.5 RRM). Habrá que preguntarse qué ocurrirá en aquellos casos en los que, más allá de haberse aprobado -o no- en junta general las medidas que incorpore el plan de reestructuración (siguiendo con el mismo supuesto, la modificación de estatutos sociales), no todos los socios o accionistas afectados por la medida hayan prestado su consentimiento individual, o bien, no se haya logrado el acuerdo de los accionistas afectados.

---

considerar derogadas en este contexto las medidas previstas en los artículos 291 a 293 LSC, dado que «*forman parte de la legislación societaria aplicable*», aunque entiende que estas exigencias legales no pueden constituir un obstáculo para el arrastre de los socios. Concluye al respecto que un plan que obtenga el respaldo de los acreedores y cumpla los requisitos legales «*no podría ser contestado [sic] por la ausencia de consentimiento individual de los socios o aprobación por una mayoría especial*».

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, así como las dificultades advertidas a lo largo del LRLC ante su perfectible técnica legislativa, a continuación, nos proponemos determinar en qué medida cabrá plantearse la inobservancia de las reglas especiales de tutela de los socios como posible causa de impugnación del auto de homologación del plan de reestructuración.

### III. El Arrastre de los Socios Disidentes y las Causas de Impugnación del Auto de Homologación por los Socios

En consonancia con lo previsto la DRI respecto a la posible confirmación de los planes de reestructuración «*no consensuales*», cuando el mismo contenga medidas que requieran el acuerdo de los socios y no se haya logrado dicha aprobación *ex* artículo 631 TRLC, será posible su homologación cuando se cumplan determinados requisitos (*cross-class cram-down*). De entrada, será necesario que el plan cumpla con las condiciones generales para su homologación (arts. 638, 639 TRLC), a lo que habrá que sumar que la sociedad deudora no se encuentre en una situación de probabilidad de insolvencia (situación en la que se impone la aprobación del deudor para la homologación), sino de insolvencia actual o inminente (art. 640.2 TRLC).

En estos casos, se entiende que el arrastre de los socios disidentes no encuentra su fundamento o justificación en el contrato de sociedad (en que los socios mayoritarios arrastren a los socios minoritarios), sino en el propio régimen de la reestructuración preventiva, siendo los acreedores quienes arrastrarían a los socios, sustituyendo con ello la voluntad social. Desde esta última perspectiva se considera que, si el Derecho interno de los Estados miembros permite que, cumpliéndose determinadas condiciones, el plan de reestructuración se imponga a los socios disidentes, no se aplicaría en dichos casos las normas de Derecho societario, y, más concretamente, las relativas a la formación de la voluntad social<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración del Libro II del anteproyecto (y las novedades en el Libro IV)», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 66-69; y posteriormente en «El conflicto socios-acreedores en la reestructuración preconcursal: recapitaliza o entrega», *Almacén de Derecho* (25 de noviembre de 2021), versión electrónica: <<https://almacenederecho.org/el-conflicto-socios-acreedores-en-la-reestructuracion-preconcursal-recapitaliza-o-entrega>>.

Teniendo en cuenta las observaciones que se han venido realizando respecto a las reglas que, más allá de la formación de la voluntad social en el contexto de la adopción del plan de reestructuración por los socios *ex* artículo 631.2 TRLC, complementan a la misma cuando tenga que aprobarse una modificación de estatutos que afecte a los derechos individuales de los socios, cabe preguntarse a continuación si la inobservancia de los mecanismos tutelares previstos a favor de socios o accionistas en el Derecho de sociedades de capital podrían posibilitar la impugnación del plan de reestructuración.

En este sentido, el artículo 656 TRLC se refiere a las causas que justificarían la impugnación del auto de homologación por los socios de la compañía deudora cuando no hayan aprobado el plan, destacando, en lo que aquí interesa, el primero y el segundo de los motivos previstos:

«Que el plan no cumpla los requisitos de contenido y de forma que se exigen en el Capítulo IV de este Título»; y «Que no haya sido aprobado de conformidad con lo previsto en el Capítulo IV de este Título».

Conforme a las causas transcritas, no cabe duda de que podría llegar a plantearse la impugnación del auto de homologación del plan aquellos socios que, habiendo votado en contra (art. 656.2 TRLC), tampoco se les haya respetado en el *iter* de adopción del plan las medidas previstas en las normas de Derecho societario respecto a la tutela de sus derechos. Recuérdese, en este sentido, que el artículo 631.3 TRLC prevé que, salvo por lo que respecta a la voluntad social y a la protección de los acreedores, cualquier operación societaria que prevea el plan «*deberá ajustarse a la legislación societaria aplicable*». Como puede observarse, la amplia e indeterminada remisión del precepto a las normas de Derecho de sociedades, unido a la ambigüedad del legislador (omitiendo cualquier referencia expresa a la inaplicación, en el contexto de las reestructuraciones, de los mecanismos de tutela de los derechos del socio), posibilitaría, a nuestro juicio, la impugnación del plan de reestructuración por los socios. En concreto, y de manera contraproducente a lo previsto en la DRI en lo que se refiere a la posición del socio respecto de las medidas de reestructuración que le afecte, el respeto a las reglas de Derecho societario al que se refiere el artículo 631.3 TRLC podría convertirse, en lo que aquí interesa, en un recurso normativo potencialmente perjudicial para la alcanzar el fin perseguido con el plan, pero especialmente sugerente para el socio al que se le impongan obligaciones o vea afectados sus derechos individuales con las

operaciones que integran la reestructuración, en tanto pretenda obstaculizar injustificadamente la adopción y ejecución del plan.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que la doctrina se ha referido a la posibilidad de que la junta general de las sociedades de capital prive o limite los derechos de los socios sin su consentimiento (*v. gr.*, arts. 291-293 LSC) cuando concurren circunstancias de especial gravedad, y en las que el deber de fidelidad o lealtad del socio le obligaría a admitir que sus derechos se viesan afectados en interés de evitar un perjuicio irreparable para la compañía<sup>13</sup>. Esta posibilidad, que es perfectamente trasladable a la situación que puede llegar a darse respecto a los socios en la adopción del plan de reestructuración, merecía a nuestro juicio, una referencia en el texto normativo, que evitase en mayor medida cualquier indeterminación en dicho ámbito y que, en suma, viniera a dar respuesta a la petición del legislador comunitario a los Estados miembros, respecto a la necesidad de prever medidas que garanticen que los socios o accionistas no impidan u obstaculicen la aplicación del plan de reestructuración.

La anterior observación se justifica, más aún, si se tiene en cuenta que la protección de los derechos del socio está directamente conectada con la situación económica de la sociedad, en el sentido de que, cuando más delicada sea esta última, menor justificación presentará la protección del socio o accionista en el plan de reestructuración preventiva. Adviértase, en este sentido, que en tanto el socio o accionista esté *fuera del dinero*, se reducirá su capacidad de influencia, pudiendo superar entonces las normas de Derecho preconcursal a las normas de Derecho societario<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> A ello se refiere Aurora MARTÍNEZ FLÓREZ, «Artículo 292. La tutela individual de los derechos del socio en la sociedad de responsabilidad limitada» en Ángel ROJO / Emilio BELTRÁN, coord., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. II, Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2011.

<sup>14</sup> Adrián THERY, «Directiva de reestructuraciones, capitalización de créditos y gobierno corporativo», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 31 (2019) 16; Miguel IRIBARREN BLANCO, «El papel de los socios y la tutela de sus intereses en la reestructuración de las sociedades en dificultades financieras», en Núria BERMEJO GUTIÉRREZ / Aurora MARTÍNEZ FLÓREZ / Andrés RECALDE CASTELLS, dir., *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, Navarra: Civitas, 2019, 137-178, haciendo referencia a las dificultades que se derivan a la hora de regular el estatuto de los socios en un marco preconcursal, que serían inversamente proporcionales al grado de deterioro de la situación económica de la compañía deudora. Al contrario, apunta que, si la situación de la sociedad no es tan crítica y las acciones o participaciones

## Bibliografía

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Los problemas contractuales en las sociedades cerradas», *InDret* 4 (2005).
- ÁVILA DE LA TORRE, Pablo, «Artículo 291. Nuevas obligaciones de los socios», en José Antonio GARCÍA CRUCES / Ignacio SANCHO GARGALLO, dir., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, 4080-4081.
- CABANAS TREJO, Ricardo «Los estatutos de la sociedad y su modificación», *Diario La Ley* 9082 (2017).
- «Sobre los derechos individuales del socio en la sociedad limitada y el alcance de la calificación registral», *Diario La Ley* 9266 (2018).
- DÍAZ MORENO, Albero «Socios, planes de reestructuración y capitalización de créditos en la Directiva (EU) 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal* 49 (2020) 7-64.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, «Saneamiento por pérdidas y reducción preconcursal del capital social en los planes de reestructuración preventiva», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 5 (2022) 71-103.
- «El derecho de preferencia en los aumentos de capital preconcursales», *Almacén de Derecho* 21 (diciembre de 2021), disponible en <<https://almacenederecho.org/el-derecho-de-preferencia-en-los-aumentos-de-capital-preconcursales>>.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco, «Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración del Libro II del anteproyecto (y las novedades en el Libro IV)», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 47-84.
- «El conflicto socios-acreedores en la reestructuración preconcursal: recapitaliza o entrega», *Almacén de Derecho*, 25 de noviembre de 2021, versión electrónica: <<https://almacenederecho.org/el-conflicto-socios-acreedores-en-la-reestructuracion-preconcursal-recapitaliza-o-entrega>>.
- IRIBARREN BLANCO, Miguel, «Los socios en los planes de reestructuración en la reforma del texto refundido de la Ley Concursal», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 6 (2022) 97-139.

---

aún tienen valor, los derechos de los socios, tanto políticos como económicos, aún merecerían protección.

- «El papel de los socios y la tutela de sus intereses en la reestructuración de las sociedades en dificultades financieras», en NÚRIA BERMEJO GUTIÉRREZ / AURORA MARTÍNEZ FLÓREZ / ANDRÉS RECALDE CASTELLS, dir., *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, Navarra: Civitas, 2019, 137-178.
- JUSTE MENCÍA, JAVIER, «La junta de socios y los planes de reestructuración en el Derecho proyectado», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones*, 6 (2022) 45-64.
- LORENZO CAMACHO, MARÍA SALOMÉ, «La repercusión del plan de reestructuración preventiva sobre la posición jurídica de socio (a propósito del artículo 631.3 PLRC)», en ALBERTO DÍAZ MORENO *et al.*, dir., *La reestructuración como solución de las empresas viables*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022, 385-407.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, AURORA, «Los derechos individuales de los socios ante la modificación de los estatutos sociales en la sociedad limitada. Primera parte», *Revista de Derecho de Sociedades* 34 (2010) 51-101.
- «Artículo 292. La tutela individual de los derechos del socio en la sociedad de responsabilidad limitada», en ÁNGEL ROJO, EMILIO BELTRÁN, coord., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. II, Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2011.
- MEGÍAS LÓPEZ, JAVIER, «Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y de minoría», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* 47 (2014) 13-56.
- THERY, ADRIÁN, «Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 22 de noviembre de 2016 (I)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 27 (2017) 513-548.
- «Directiva de reestructuraciones, capitalización de créditos y gobierno corporativo», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 31 (2019) 55-96.
- VÁZQUEZ CUETO, JOSE CARLOS, «El concepto de reestructuración en los trabajos prelegislativos de incorporación de la Directiva 2019/1023», en ALBERTO DÍAZ MORENO *et al.*, dir., *La reestructuración como solución de las empresas viables*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022, 63-112.
- «El concepto de reestructuración en la Directiva 2019/1023 y su traslación al Derecho español de sociedades de capital», *Lex Mercatoria* 18 (2021) 1-44.



# La venta de unidad productiva mediante pre-pack concursal: régimen español y portugués

✉ [https://doi.org/10.47907/livro/2023/restrutturacao\\_empresas/parte06\\_5](https://doi.org/10.47907/livro/2023/restrutturacao_empresas/parte06_5)

ROBERTO RIVAS URBINA\*

*Resumen:* El presente trabajo tiene por objeto el tratamiento de la enajenación de la unidad productiva en sede concursal. En España, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (LRTCRLC), ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico, por primera vez, la técnica del pre-pack. Así, nuestro país intenta situarse a la vanguardia en materia de reestructuraciones. Para ello, se llevará a cabo un breve estudio y análisis del régimen español y portugués en esta materia. Sin duda, una adecuada regulación repercutirá en el mantenimiento del tejido empresarial, en un contexto post-pandémico y de crisis económica.

*Palabras Clave:* procedimiento pre-pack; reestructuración; insolvencia; procedimientos especiales; deudor; acreedor

*Abstract:* This work is aimed to analyse the productive unit sales regime in an insolvency scenario. In Spain, the recently approved “Law 16/2022, September 5<sup>th</sup>, on the Reform of the consolidated Text of the Insolvency Law” has introduced pre-pack sales in our legal framework for the first time. Thus, our country aims to be considered as a vanguardist arena in restructuring field.

To this end, a brief study and analysis of the Spanish and Portuguese regimes in this area will be carried out. Undoubtedly, an adequate regulation of these sort of operations could contribute to the maintenance of business network, in a difficult post-pandemic and economic crisis context.

---

\* Becario SEDI.

*Keywords:* pre-pack administration; restructuring; insolvency; special procedures; creditor; debtor

*Sumario:* I. Concepto, orígenes y nociones generales del pre-pack. II. Inicios regulatorios: protocolos de tramitación en España. III. Regulación en la ley 16/2022, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. IV. Breves nociones sobre los mecanismos de reestructuración en el Derecho portugués. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

## I. Concepto, Orígenes y Nociones Generales del Pre-Pack Concursal

El procedimiento de “empaquetado previo”<sup>1</sup> o pre-pack concursal consiste en una herramienta preconcursal mediante la cual se lleva a cabo el nombramiento de un experto independiente de manera previa a la solicitud de concurso.

Este profesional especializado, denominado comúnmente *silent administrator* o *insolvency practitioner*<sup>2</sup>, tiene como tarea, en algunas legislaciones europeas como la española u holandesa, recabar las ofertas de los potenciales adquirentes de una o varias unidades productivas para su posterior enajenación, presentado su oferta de adquisición en sede judicial, junto a la solicitud de concurso.

Sin embargo, existen otras concepciones de la herramienta pre-pack, donde este instrumento no siempre supone la venta de la unidad productiva, sino que se aplican herramientas preventivas bajo la supervisión del juzgado e incluso la adopción de planes de reorganización, como la prevista en la legislación estadounidense, para que la compañía pueda hacer frente a la situación de *distress* y, de esta forma, conseguir la viabilidad y continuación del negocio, sin necesidad de llevar a cabo la venta de la unidad productiva para la posterior explotación de la actividad económica<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Así se define por el AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL n.º 10 de Barcelona, de 29 de julio de 2020.

<sup>2</sup> Jordi IBIZA GIMENO, «El pre-pack administration español y su progreso. Breve valoración», *Diario La Ley* 9604 (2020) 1-12.

<sup>3</sup> En este sentido, como destaca Bo XIE, *Comparative Insolvency Law: The Pre-pack Approach in Corporate Rescue*, Cheltenham – MA: Edward Elgar, 2016. El procedimiento pre-pack en Francia presenta grandes similitudes con la reorganización pre-pack del Chapter 11 estadounidense.

Así, el pre-pack administration constituye “un procedimiento híbrido que combina aspectos informales como la flexibilidad, agilidad, confidencialidad, bajo coste económico, con aquellos existentes en los procedimientos formales de insolvencia<sup>4</sup>.”

Los principales objetivos que persigue esta operación son (i) la evitación del deterioro de la empresa por el transcurso del tiempo en sede judicial y por el estigma concursal (ii) la maximización del valor ofertado mediante la concurrencia de potenciales adquirentes y, así, la satisfacción de los acreedores (iii) el mantenimiento del tejido empresarial y, como consecuencia, de los puestos de trabajo<sup>5</sup>.

La herramienta preconcursal del pre-pack encuentra su origen en la normativa del Reino Unido, mediante la *Enterprise Act* en 2002<sup>6</sup>. El sistema británico ha tenido como particularidad la posibilidad del nombramiento del *insolvency practitioner* por parte de los administradores sociales, lo cual ha sido objeto de numerosas críticas ante los casos de adquisición de la unidad productiva por parte de personas especialmente relacionadas<sup>7</sup>.

Asimismo, la jurisprudencia de los Países Bajos adoptó este mecanismo, conocido como fase de preparación silenciosa, mediante la solicitud judicial de nombramiento del *silent trustee*, quien se convertirá en administración concursal (AC), previa autorización del juez encargado del nombramiento, suponiendo la principal diferencia en relación con el sistema británico<sup>8</sup>.

Por su parte, la legislación estadounidense comprende diversas vías semejantes al pre-pack, bien mediante los procedimientos

<sup>4</sup> Aurelio GURREA-MARTÍNEZ, «The rise of pre-packs as a restructuring tool: theory, evidence and policy», *Singapore Management University – School of Law*, Singapore: Singapore Management University, 1 (2021) 5.

<sup>5</sup> En definitiva, se persigue cumplir con el principio de conservación citado en la Exposición de Motivos del TRLC y en la TRLC.

<sup>6</sup> ENTERPRISE ACT de 7 de noviembre 2002 – Reino Unido, disponible en: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/contents>>.

<sup>7</sup> De esta forma, la falta de transparencia y de control del procedimiento y el hecho de que los adquirentes finales sean personas especialmente relacionadas con la concursada han sido los principales aspectos negativos del sistema británico. En este sentido, Teresa GRAHAM, *Graham Review into Pre-pack administration*, act. 2014, [consult. 1 mayo 2022], 1-95, disponible en <<https://www.gov.uk/government/publications/graham-review-into-pre-pack-administration>>.

<sup>8</sup> César GILO GÓMEZ, «Pre-pack concursal y el Derecho Comparado», *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto* 6 (2021) 115-116.

*Out-of-court*, bien mediante los *Pre-packaged cases*<sup>9</sup>, adoptando una posición ecléctica en relación con la intervención judicial, en comparación con el sistema normativo británico y holandés<sup>10</sup>.

Por último, y como consecuencia de la pandemia del COVID-19, otros países como Bélgica han modificado temporalmente su normativa concursal, con el fin de introducir el pre-pack, mediante el nombramiento judicial del “administrador judicial” o mediante la aceptación judicial del experto propuesto por la concursada<sup>11</sup>.

En definitiva, cada vez más países europeos y extracomunitarios se están sumando a la adopción del pre-pack en su sistema normativo, dado los beneficios de agilidad y menor coste que presenta la operación<sup>12</sup>.

## II. Inicios Regulatorios: Protocolos de Tramitación

La carencia de un régimen jurídico en la normativa concursal española dedicada expresamente a la enajenación de la unidad productiva y del pre-pack ha supuesto, en los últimos años, la falta de pragmatismo de esta operación en el tráfico jurídico. En consecuencia, la tasa de éxito de recuperación de empresas en España ha sido históricamente baja, como demuestra el hecho de que la mayor parte de las empresas acaben en liquidación<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> A título de mención, se encuentran incorporados dentro de los *Pre-packaged cases*, los siguientes procedimientos: *Single-track pre-pack*; *dual-track pre-pack* y *partial pre-pack*.

<sup>10</sup> En el sistema holandés el *silent trustee*, lleva a cabo las negociaciones sobre la enajenación de la unidad productiva, previa al concurso, para su posterior conversión en AC.

<sup>11</sup> El régimen jurídico del pre-pack belga fue adoptado temporalmente, el 26 de marzo de 2021, mediante la reforma de su Ley de Insolvencias en un contexto de crisis pandémica. Vid. ALLEN & OVERY, “New Belgian insolvency legislation in 2021”, *Allen & Overy*, act. 2021, [consult. 2 mayo 2022], disponible en <[https://www.allenoverly.com/global//media/allenoverly/2\\_documents/news\\_and\\_insights/publications/2021/03/belgium\\_insolvency\\_amendment\\_pre-pack.pdf](https://www.allenoverly.com/global//media/allenoverly/2_documents/news_and_insights/publications/2021/03/belgium_insolvency_amendment_pre-pack.pdf)>.

<sup>12</sup> Para un análisis de derecho comparado, Jacqueline INGRAM / Ryan CATTLE, *The Art of the Prepack*, Londres: Global Restructuring Review, 2020, 1-160, disponible en <<https://globalrestructuringreview.com/guide/the-art-of-the-pre-pack/edition-2>>.

<sup>13</sup> Según el informe «Temas Candentes de los Procesos Concursales», emitido por PriceWaterhouseCoopers, más del 95% de las empresas concursadas en

En líneas generales, hasta el momento, los procedimientos pre-pack se han llevado a cabo por la vía del artículo 583 del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR), mediante la Comunicación de la apertura de negociaciones al juzgado, para la posterior “Solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación” prevista en el artículo 530 del mismo cuerpo legal. Así, con la presentación de la oferta vinculante o *binding offer* junto con el correspondiente informe de la AC, el juez declara el concurso, acordando de forma inmediata la fase de liquidación. Finalmente, y previa resolución de las alegaciones de los acreedores, el juez declara mediante auto la aprobación de dicho plan de liquidación.

No obstante esta forma de proceder, ante la ausencia de positivización legal del pre-pack, los Juzgados de lo Mercantil de diferentes provincias españolas han venido adoptando los conocidos Protocolos de Tramitación de Pre-pack Administration, con la finalidad de dar respuesta a las numerosas solicitudes de las concursadas<sup>14</sup>.

Así, el pasado año, el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid aconsejó la regulación y adopción a nuestro sistema normativo del mecanismo pre-pack a través de la Guía de Buenas Prácticas de para la Venta de Unidad Productivas<sup>15</sup>.

No obstante, cabe mencionar que el Protocolo Pre-pack de Barcelona, supuso el punto de partida en el ámbito de los Protocolos de Tramitación Pre-pack, elaborado por los Jueces de lo Mercantil de Barcelona para la sistematización y tratamiento de esta operación<sup>16</sup>. Como establecen las propias directrices para la tramitación, el pre-pack queda

---

España finalizan su liquidación, disponible en <<https://www.pwc.es/es/publicaciones/financiero-seguros/assets/temas-candentes-procesos-concursales.pdf>>, concretamente p. 6 y 29.

<sup>14</sup> Con la Ley Concursal de 22/2003, mediante el artículo 5 bis, algunos Autos aceptaban las solicitudes de las concursadas para el nombramiento de un experto independiente como medida cautelar. Así, AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL n.º 10 de Barcelona, de 29 de julio de 2020.

<sup>15</sup> Guía de Buenas Prácticas para la Enajenación de Unidades Productivas en Procesos Concursales, Jueces de lo Mercantil, Ilustre Colegio de Abogados e Ilustre Colegio de Economistas de Madrid, 2021, disponible en <<https://web.icam.es/wp-content/uploads/2021/04/BUENAS-PRACTICAS-FINAL.pdf>>.

<sup>16</sup> Protocolo Pre-pack concursal: directrices para el procedimiento de tramitación, de los Juzgados Mercantiles de Barcelona, de 20 de enero de 2021.

enmarcado dentro de los objetivos de la Directiva 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia<sup>17</sup>.

En líneas generales, el Protocolo de Barcelona estableció la vía de solicitud al juzgado de la designación del experto independiente, así como el contenido de esta. Por otra parte, se establecen las diferentes fases, tanto preliminar como judicial del pre-pack.

En términos similares, los Jueces de lo Mercantil de las Islas Baleares adoptaron su propio Protocolo de tramitación, siguiendo como modelo el Protocolo de Barcelona<sup>18</sup>.

Por último, otros Juzgados de lo Mercantil han adoptado el pre-pack como medida cautelar para la designación del experto independiente, quien supervisaría el proceso de enajenación de la unidad productiva<sup>19</sup>.

Así, con las diferentes adopciones de los Protocolos de Tramitación, quedó de manifiesto la necesidad de la inserción del pre-pack en la normativa concursal española.

### III. Regulación en la Ley 16/2022, de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal

La transposición de la Directiva europea 2019/1023, sobre reestructuraciones e insolvencia por el legislador español se ha plasmado en la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido

---

<sup>17</sup> 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). Un estudio monográfico sobre la misma puede encontrarse en Carlos GÓMEZ ASENSIO, *Los acuerdos de reestructuración en la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva*, Cizur Menor: Aranzadi, 2019, 241.

<sup>18</sup> PLENO DE LA SALA DE GOBIERNO DE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES de 5 de mayo de 2021, por el que se adopta el Protocolo Pre-Pack Concursal Baleares, disponible en <<https://aempi.es/wp-content/uploads/2021/05/PROTOCOLO-PRE-PACK-BALEARES.pdf>>.

Para un mayor análisis, vid. Gustavo MARTÍN MARTÍN, «A propósito del protocolo pre-pack de los Juzgados de lo Mercantil de Palma de Mallorca», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 2 (2021) 550.

<sup>19</sup> AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL n.º 2 de Málaga, de 15 de febrero de 2021 (FD: II y IV).

de la Ley Concursal (TRLR)<sup>20</sup>, mediante la positivización de un régimen jurídico dedicado al procedimiento pre-pack. Así, el prelegislador ha insertado esta operación en el artículo 224 *bis*, como “Solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas”.

En primer lugar, la TRLR establece como presupuestos objetivos a esta operación, la insolvencia inminente y la actual, además de la probabilidad de insolvencia, en la previsión objetiva en la que el deudor no podrá cumplir con sus obligaciones en caso de no alcanzar un plan de reestructuración<sup>21</sup>.

Las principales implicaciones legales del régimen propuesto residen en las cuestiones relativas al nombramiento del experto independiente y su estatuto jurídico, los demás efectos propios de la adquisición y transmisión de unidades productivas<sup>22</sup>.

Como se ha señalado, el artículo 224 *bis* establece la facultad del deudor para solicitar la declaración del concurso junto a una oferta de adquisición de una o varias unidades productivas, que será, en todo caso, escrita y vinculante.

Destaca la exigencia de continuidad o reinicio de la actividad económica por un plazo mínimo de 3 años, estableciéndose la posibilidad de reclamar una indemnización por parte de los afectados ante su incumplimiento.

---

<sup>20</sup> 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), disponible en <[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-14580](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-14580)>.

<sup>21</sup> Artículo 584.2 de la TRLR. En términos similares, otros sistemas jurídicos como el francés, su pre-pack administration o *mandat ad hoc* no exige que el deudor se encuentre en estado de insolvencia. César GILO GÓMEZ, *Pre-pack concursal y el Derecho Comparado*, 117.

<sup>22</sup> Así, el artículo 224 *bis* ap. 7 remite al régimen general de enajenación de unidad productivas. Esto es, la subrogación en los contratos, con las especialidades propias de la cesión de contratos administrativos, licencias y autorizaciones administrativas y contratos laborales y deudas con la Seguridad Social.

Si bien, este mandato puede suponer un desincentivo para potenciales adquirentes, consideramos que la finalidad del legislador es acertada. Y ello, porque supone un mayor compromiso en el momento de ofertar por la unidad, así como una mejor selección del futuro adquirente, dado que se escogerá a quien presente un mejor plan de negocio y una mayor solvencia económica<sup>23</sup>.

Por otra parte, se advierte la posibilidad de que, en un plazo de 15 días, se presenten propuestas alternativas, con la posterior emisión de informes por parte la AC. Conviene señalar el breve plazo de 5 días que se establece para la presentación del informe de evaluación. Si bien la acotación de plazos es una muestra de la agilidad propia del pre-pack, la tarea de elaboración de informes en este plazo puede ser especialmente ardua en caso de concurrencia de varias propuestas vinculantes alternativas.

Posteriormente a este informe, se concederá a los ofertantes un plazo de 3 días para la mejora, en su caso, de la propuesta inicial, quedando a criterio del juez la aprobación de la mejor oferta en atención al concurso. Esta facultad de mejora tiene como objetivo la maximización del precio de la unidad productiva, para la mayor satisfacción de los acreedores.

Por último, en el mismo precepto se establece obligación de publicar la oferta vinculante en el portal de liquidaciones concursales de forma simultánea a la solicitud del concurso, con objeto poder presentar propuestas alternativas a la oferta inicial<sup>24</sup>.

En lo relativo al nombramiento del experto independiente, los artículos 224 *ter* y siguientes contemplan la posibilidad de que el deudor solicite su nombramiento para recabar ofertas de potenciales adquirentes de la unidad, esto es, el pre-pack.

Mediante el nombramiento, el juez deberá precisar la duración del cargo, así como su retribución, que puede estar condicionada de forma

---

<sup>23</sup> Sin embargo, esta exigencia puede ser excesiva en sede de PEME, suponiendo un mayor grado de dificultad, si cabe, para la recuperación de las pymes.

<sup>24</sup> De esta forma, la TRLC, en su Disposición adicional segunda, prevé la creación de una plataforma electrónica de liquidación de bienes, es decir, un “portal público electrónico para la venta de los activos de las empresas en liquidación, que incluirá un catálogo integrado por los bienes que vayan siendo añadidos a través de comunicación por los deudores o por los administradores concursales tras la apertura de un procedimiento especial de liquidación.”

total o parcial en función del resultado<sup>25</sup>. Con ello, se pretende conseguir una mayor eficiencia y agilidad por parte del experto independiente. Sin embargo, en la TRLC no se han establecido los criterios para establecer su carácter total o parcial, por lo que, ha de entenderse que debe ser en atención al interés del concurso, si bien esta concepción resulta, cuando menos, indefinida.

Igualmente, dada la condición voluntaria de la aceptación por parte de este profesional, la inseguridad del carácter de la retribución puede propiciar la pasividad en la aceptación.

En cuanto a los requisitos subjetivos que debe cumplir el experto independiente, en líneas generales, se posibilita que sea una persona física o jurídica, que cumpla las condiciones técnicas para ser experto en reestructuración o AC. Esto último debe conjugarse con la posibilidad de que el juez que designa al experto ratifique su posterior conversión en AC.

Finalmente, el nombramiento del experto es reservado, dada la necesidad de confidencialidad de la operación para que la unidad productiva no se vea afectada por una posible devaluación como consecuencia del estigma concursal<sup>26</sup>. Si bien, esta cuestión debe ponerse en relación con los principios de transparencia y publicidad, que adoptarán un mayor protagonismo con la creación del portal de liquidaciones concursales mencionado.

Otra de las novedades de la TRLC, es la introducción del Procedimiento Especial para Microempresas (PEME), establecido en el Libro Tercero, en concreto en los artículos 685 y siguientes. Mediante este procedimiento se pretende atajar la problemática tasa de recuperación de las pymes y, de esta forma, cumplir con el mandato impuesto por la Directiva 2019/1023<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Artículo 224 *quater* ap. 2 de la TRLC.

<sup>26</sup> Así, un alto grado de discreción y confidencialidad proporcionará indudables beneficios, en vista de la transcendencia que presenta la imagen de la empresa o unidad productiva en concurso. En este sentido, Ascensión GALLEGO CÓRCOLOES, «El prepack y la venta anticipada de unidades productivas en Derecho español: Modelos Comparados», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 4 (2021) 290.

<sup>27</sup> En este sentido, la Directiva 2019/1023, en su Considerando 17 establece: “Con el fin de ayudar a estos deudores a reestructurarse a bajo coste, deben elaborarse, a escala nacional, unas listas exhaustivas de control de los planes de reestructuración que estén adaptadas a las necesidades de las pymes y que puedan consultarse en línea.”

Así, el artículo 710.2 de la TRLC establece la posibilidad de llevar a cabo el pre-pack en esta sede. Sin embargo, el régimen jurídico en el PEME en relación con la operación de pre-pack es difuso y poco concluyente, dada la falta de un articulado concreto. A estos efectos, el articulado se remite de forma genérica a la aplicación del régimen establecido en los artículos 224 *bis* a 224 *quater*.

La falta de concreción y adaptación del procedimiento pre-pack al deudor microempresario puede suponer un alto grado de exigencia para este, como son el conocimiento del procedimiento pre-pack; la capacidad económica para hacer frente al pago del experto independiente (y, en su caso, posterior AC); las restricciones a personas especialmente relacionadas en el ámbito de la microempresa y, por último, la asunción del adquirente de la unidad productiva del compromiso de continuidad de la actividad económica por un plazo de 3 años<sup>28</sup>.

Por ello, consideramos que, *de lege ferenda*, el encaje entre ambos procedimientos debe ser concretado y adaptado a las necesidades de las microempresas mediante un articulado concreto, con el fin de evitar que esta intención positiva del legislador adopte un carácter meramente virtual<sup>29</sup>.

#### **IV. Breves nociones sobre los mecanismos de reestructuración en el Derecho portugués**

El marco normativo del Derecho de la Insolvencia portugués se encuentra recogido fundamentalmente en el *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* (CIRE), aprobada mediante Decreto Ley núm. 53/2004. Igualmente, diferentes leyes han modificado este Código: entre otras, la Ley 16/2012, de 20 de abril, que aprobó el Procedimiento Especial de Revitalización, la Ley 75/2020, de 27 de noviembre, la cual aprobó, entre otras medidas, el Procedimiento Extraordinario de Viabilización de Empresas. Por último, destaca la Ley 9/2022, de

---

Para un estudio más detallado del PEME, vid. Ignacio TIRADO MARTÍ, «El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 211-253.

<sup>28</sup> Artículo 224 *septies* de la TRLC.

<sup>29</sup> Para un mayor estudio vid. Roberto RIVAS URBINA, “Enajenación de la unidad productiva en el proyectado procedimiento especial para microempresas”, *Anuario de Derecho Concursal* 56 (2022), (versión electrónica).

11 de enero, que aprueba medidas de apoyo y agilización en los procesos de reestructuración, adapta la legislación portuguesa a la Directiva 2019/1023.

Debe partirse de una premisa relevante: la legislación portuguesa no prevé una regulación para el procedimiento de pre-pack, al menos, entendido en los términos mencionados al inicio de este trabajo.

Sin embargo, en el Derecho portugués existen diferentes procedimientos ante las situaciones de *distress*. Las diferentes vías son: el Procedimiento Especial de Revitalización (PER), con mayor incidencia en relación con el procedimiento pre-pack; el Régimen Extrajudicial de Recuperación de Empresas (RERE), que constituye un conjunto de normas para la aplicación de un procedimiento extrajudicial; el Procedimiento Extraordinario de Viabilización de Empresas (PEVE), que ha sido recientemente aprobado, y supone un procedimiento híbrido, en vista de sus fases judicial y extrajudicial<sup>30</sup>; por último, el Procedimiento Especial para Acuerdo de Pago (PEAP), a título de mención, ya que únicamente es aplicable a personas físicas y personas jurídicas no mercantiles<sup>31</sup>.

En cuanto al PER, este procedimiento se enmarca en un plan de reestructuración preventivo<sup>32</sup> para empresas en situación económica difícil o en insolvencia inminente<sup>33</sup>. A los efectos que aquí interesan, la modalidad abreviada (*prearranged*) de “Homologación de acuerdos extrajudiciales de recuperación de empresa” prevista en el artículo 17.º I del CIRE, presenta un mayor grado de compatibilidad con el procedimiento pre-pack.

---

<sup>30</sup> Catarina SERRA, «Medidas extraordinarias para una crisis extraordinaria en el marco de la Ley Portuguesa», *Anuario de Derecho Concursal* 54 (2021), (versión electrónica).

<sup>31</sup> Artículo 222.º- A ap. 1 del CIRE.

<sup>32</sup> Por otra parte, si bien el experto en reestructuración no es idéntico al *silent administrator* o *experto independiente* en la legislación española, los requisitos necesarios para llevar a cabo sus funciones son similares, por lo que deberá atenderse a los diferentes papeles que jugará cada profesional.

<sup>33</sup> Se constituye así una primera diferencia en cuanto a los presupuestos objetivos previstos para la solicitud de concurso con propuesta de adquisición de unidades productivas, puesto que no se contempla la “probabilidad de insolvencia” en la normativa portuguesa. En esta línea, el PER (y el PEVE) también son aplicables a microempresas, en cumplimiento del mandato emitido por la Directiva 2019/1023, y en el mismo sentido que la reciente incorporación del PEME, de la TRLC española.

Así, a través de un procedimiento de acuerdo extrajudicial entre deudores y acreedores para la recuperación de la empresa, en un estadio anterior al procedimiento, debiendo aprobarse por el sistema de mayorías requeridas en el CIRE<sup>34</sup>, se produce su posterior homologación judicial, pudiendo vincular, además, a aquellos acreedores que votaron en contra del acuerdo.

En este sentido, en sede de PER, que implica siempre el nombramiento de un administrador judicial provisional, conjugado con la legitimidad ya atribuida al deudor para presentar el plan de insolvencia, donde, además, es posible introducir como contenido del plan el mantenimiento de la actividad económica de la empresa en titularidad de un tercero, así como el saneamiento de la empresa mediante la transmisión<sup>35</sup>, pueden ser herramientas viables para garantizar una mayor tasa de éxito en la continuación de la actividad económica, así como la conservación de los puestos de trabajo.

Sin embargo, será cuestión de un estudio detallado a futuro la posible conveniencia de incorporar a la legislación portuguesa a un experto en reestructuración en términos similares a la TRLC, cuestión que podrá ser analizada una vez se obtengan datos empíricos que sostengan la importancia de las funciones que desempeñará este profesional en el ámbito concursal español.

Por lo que respecta al RERE, como se ha dicho, constituye un marco normativo para llevar a cabo las negociaciones extrajudiciales entre acreedores y deudores para un posterior acuerdo. El beneficio patente que presenta este régimen es, efectivamente, su carácter extrajudicial, evitando así los efectos perniciosos de las dilaciones de un proceso judicial y, por otra parte, aliviando la carga de los tribunales<sup>36</sup>

Empero, su principal debilidad reside en la no vinculación del acuerdo frente a los acreedores no signatarios del acuerdo, si bien es posible iniciar un PER para la ulterior adopción y homologación judicial de un acuerdo, siempre contando con las mayorías necesarias y, de esta forma, conseguir el efecto *cram-down*<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Artículo 17-F ap.5 a) del CIRE.

<sup>35</sup> Artículo 193 ap. 1 y artículo 195 del CIRE.

<sup>36</sup> Catarina SERRA, «COVID-19 (III) / A função (alternativa) do RERE como programa extraordinário para o apoio e a reanimação de empresas», *Observatorio Alameda*, act. 2020, [30 abril 2022].

<sup>37</sup> GARRIGUES, “Guía de herramientas de reestructuración y procedimientos de insolvencia”, *Garrigues*, act. 2020, [30 abril 2022], disponible en <<https://www.garrigues.com>>

Por último, en lo relativo, al reciente PEVE, destaca su carácter urgente y prioritario a los demás procedimientos de insolvencia, así como la posibilidad de un único uso para cada deudora<sup>38</sup>. Como señala la doctrina, el legislador ha realizado simplemente una adaptación de la modalidad de homologación de acuerdos extrajudiciales, calificándola incluso de una nueva modalidad del PER, dada su remisión al régimen jurídico de este<sup>39</sup>.

En los mismos términos que el PER abreviado, el PEVE es un instrumento de tipo *fast-track-court-approval-procedures*, y pretende homologar el acuerdo suscrito entre la deudora y los acreedores, mediante el otorgamiento de facultad al juez para extender el acuerdo a los acreedores ausentes o contrarios al acuerdo.

Así, en vista de la coincidencia de disposiciones normativas entre el PER y el PEVE en cuanto a procedimiento, el PEVE puede ser altamente compatible con un procedimiento pre-pack. En todo caso, cualquier modificación legislativa deberá ser adaptada a las notas características de este procedimiento. A saber: trámite de urgencia, prioridad, agilidad, facultad de extensión del acuerdo y exención de costes procesales.

## Conclusiones

El procedimiento pre-pack es una herramienta asentada en diversas legislaciones europeas e incluso a nivel intercontinental.

Los legisladores de diferentes países han dispuesto mecanismos concursales y de reestructuración preventiva para hacer frente al enorme desafío económico que presenta la crisis COVID-19, en atención a la necesaria tarea transpositiva de la Directiva 2019/1023.

Así, si bien no se recoge el término pre-pack en muchas de estas legislaciones, como la portuguesa, existen otros mecanismos que pueden cumplir la misma finalidad, a pesar de no configurar el mecanismo pre-pack de forma idéntica a otras legislaciones.

---

[garrigues.com/sites/default/files/documents/guia\\_de\\_herramientas\\_de\\_reestructuracion\\_y\\_procedimientos\\_de\\_insolvencia\\_en\\_espana\\_portugal\\_y\\_latinoamerica.pdf](https://garrigues.com/sites/default/files/documents/guia_de_herramientas_de_reestructuracion_y_procedimientos_de_insolvencia_en_espana_portugal_y_latinoamerica.pdf).

<sup>38</sup> Artículo 9 ap. 15 del Decreto Ley 75/2020.

<sup>39</sup> Miguel Pestana de VASCONCELOS, «O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE)», *Revista General de Insolvências & Reestruturações* 1 (2021) 232.

En España, el instrumento pre-pack ha quedado inserto en la legislación concursal con la reciente aprobación de la TRLC como la “Solicitud de nombramiento de concurso con presentación e oferta de adquisición de una o varias unidades productivas” en relación con la “Solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva”, a pesar su deseable concreción en diferentes mencionados, especialmente en el Procedimiento Especial para Microempresas.

En Portugal, por su parte, existen diferentes vías para llevar a cabo planes de recuperación y reestructuración (PER, RERE y PEVE), mostrando, en este sentido, una cierta ventaja respecto a la legislación española. En concreto, el PER ya prevé el nombramiento de un administrador judicial provisional, así como la posibilidad de la enajenación de la unidad productiva e incluso su reorganización mediante el saneamiento por transmisión a una empresa de nueva creación.

En suma, las legislaciones europeas de los Estados Miembros cuentan o no con planes de recuperación y de reestructuración, deberán afrontar una tarea de continua renovación e introducción de nuevos instrumentos preconcursales.

Por ello, el continuo desarrollo del régimen jurídico del pre-pack en aras de conseguir el nivel de popularidad del que goza en legislaciones como la británica y, especialmente la estadounidense, pueden ser claves para la recuperación de un gran porcentaje de empresas en *distress*.

## Bibliografía

- GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión, «El prepack y la venta anticipada de unidades productivas en Derecho español: Modelos Comparados», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 4 (2021) 283-302.
- GILO GÓMEZ, César, «Pre-pack concursal y el Derecho Comparado», *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto* 6 (2021) 111-121, disponible en <[https://doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021](https://doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021)>, consultado en 29 abril 2022.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos, *Los acuerdos de reestructuración en la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva*, Cizur Menor: Aranzadi, 2019.

- GURREA-MARTÍNEZ, Aurelio, «The rise of pre-packs as a restructuring tool: theory, evidence and policy», *Singapore Management University – School of Law* [en línea], 1 (2021) 1-24, actual. 23 abril 2022, disponible en <<https://ssrn.com/abstract=3920332>>, consultado en 25 abril 2022.
- IBIZA GIMENO, Jordi, «El pre-pack administration español y su progreso. Breve valoración», *Diario La Ley* 9604 (2020) 1-12.
- MARTÍN MARTÍN, Gustavo, «A propósito del protocolo pre-pack de los Juzgados de lo Mercantil de Palma de Mallorca», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 2 (2021) 589-597.
- INGRAM, Jacqueline, CATTLE, Ryan, *The Art of the Prepack*, Londres: Global Restructuring Review, 2020.
- VASCONCELOS, Miguel Pestana de, «O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE)», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 1 (2021) 229-247.
- RIVAS URBINA, Roberto, «Enajenación de la unidad productiva en el proyectado procedimiento especial para microempresas», *Anuario de Derecho Concursal* 56 (2022).
- SERRA, Catarina «Medidas extraordinarias para una crisis extraordinaria en el marco de la Ley Portuguesa», *Anuario de Derecho Concursal* 54 (2021).
- TIRADO MARTÍ, Ignacio, «El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 211-253.
- XIE, Bo, *Comparative Insolvency Law: The Pre-pack Approach in Corporate Rescue*, Cheltenham – MA: Edward Elgar, 2016.



ISBN: 978-989-9075-46-7



**FCT**

Fundação para a Ciência e a Tecnologia  
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR