

## Reestructuraciones. Exigencia de asesoramiento profesional.

Nota Informativa

30/2020

La Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones implica una actuación diligente y proactiva por parte del administrador social. Desde TARSSO, te apoyamos y acompañamos en el cumplimiento de una nueva obligación que será de carácter preceptivo para los administradores sociales cuyas compañías se encuentren en situación de dificultad.



### 1. INTRODUCCIÓN

---

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 (...)*, cuya transposición no se realizó con ocasión de la publicación del Texto refundido de la Ley concursal el pasado 5 de mayo pero que se deberá acometer en un futuro próximo, establece, en su artículo 19, varias obligaciones con relación al administrador social ante un *escenario preconcursal*, entre las que se incluye, la de *tomar medidas para evitar la insolvencia*. Actualmente, la solicitud extemporánea de concurso se considera parte de la presunción *iuris tantum* de concurso culpable -art. 165.1.1º LC y art. 444.1º TRLC- que puede desembocar en una condena a la responsabilidad concursal que afecte, entre otros sujetos, al administrador social (art. 172 bis LC y arts. 455 y 456 TRLC). Del mismo modo, en dicho escenario el administrador deberá seguir cumpliendo las obligaciones que la LSC le impone -aunque debidamente matizadas por el derecho de la insolvencia-. No obstante, la nueva obligación que recoge la Directiva tiene un alcance objetivo superior a la solicitud temporánea de concurso pues implica una actuación diligente y proactiva por parte del administrador social, en un

estadio anterior. Su considerando número 70 dota a la obligación de contenido específico expresando que, una de las medidas que deberá tomar será la búsqueda de asesoramiento profesional en materia de reestructuraciones e insolvencias.

## 2. OBJETO

---

En el artículo del Director de nuestro departamento, Bernardo Pollicino, de fecha 2 de julio de 2019 titulado *"Sobre la insolvencia del prestamista y lo que la FEIN esconde"*, (<https://www.tarso.com/wp-content/uploads/2020/07/20190628-Nota-cliente-Sobre-la-Ley-de-contratos-de-crédito-inmobiliario-def.pdf>) se dejaba constancia de nuevas exigencias con las que, la normativa reciente, está ampliando el marco de responsabilidad contractual de ciertas sociedades y personas físicas. Me refiero a aquellas que conceden, con carácter profesional, préstamos hipotecarios -con todas las matizaciones contempladas por la **Ley de crédito inmobiliario** y por las normas que la han modificado y completado durante sus escasos meses de vida-. En dicha ocasión, se hacía referencia a las nuevas obligaciones del prestamista e intermediario que, además de las que de modo claro establece la *Ley de crédito inmobiliario* en su cuerpo normativo, se incluyen de forma velada a través de la *Ficha Europea de Información Financiera (FEIN)* -de obligada inclusión en toda formalización de un préstamo con las características que la Ley recoge-. En este sentido, la cláusula número 13 de la FEIN incluye una obligación del prestamista, que opera con carácter *ex post* a la formalización del contrato. Dicha obligación implica hacer seguimiento de la solvencia del prestatario y se concreta en el **compromiso del prestamista**, por el cual, si la contraparte se encontrase en dificultades para acometer sus pagos con la periodicidad establecida, el primero ha de ponerse a disposición de este para **"el estudio de posibles soluciones"** -todo en aras de prevenir su sobreendeudamiento y la pérdida final de la vivienda a través de la ejecución de la garantía-. Esta obligación es de carácter preventivo, y aunque no ha habido tiempo suficiente para el desarrollo jurisprudencial de la norma, no es desproporcionado pensar que cabría concretarse en la nítida exigencia -y la necesidad de prueba en caso de pretender evitar la responsabilidad- de que el prestamista ha cumplido con su obligación de ponerse **a disposición del deudor principal, facilitándole el acceso a profesionales que lleven a cabo un estudio cualificado para tratar de dar una verdadera solución a su insolvencia. Lo anterior solo es posible, en la mayoría de casos, a través de un estudio completo y profundo con la ayuda de letrados especialistas en escenarios de insolvencia y preinsolvencia del deudor.**

Se trata de una obligación que, de no cumplirse, y del mismo modo que aquellas que expresamente se recogen en el cuerpo normativo, podría fundar acciones indemnizatorias o, en su caso, la apertura de un expediente sancionador -considerando las infracciones previstas en el Título IV de la Ley-.

Con posterioridad, una revolucionaria Directiva relativa al Derecho de la insolvencia ha establecido una obligación de carácter similar. Nos referimos a la *Directiva sobre marcos de reestructuración*, de más amplio ámbito subjetivo que la *Ley de Crédito Inmobiliario* pues incluye a cualquier empresa (persona jurídica o persona física empresario) en dificultades financieras y señala, directamente, como sujeto individualmente responsable, a los administradores sociales. En este sentido su objetivo es imponer la adopción de mecanismos de alerta temprana y, correlativamente, mejorar la eficacia de las herramientas jurídicas de reestructuración que la referida Directiva, de hecho, perfecciona y amplía -con vocación a una mayor homogeneidad en esta esencial materia, entre los distintos países de la Unión Europea-. A su vez, busca la mejoría de las estadísticas concursales pues una de las razones del fracaso que presenta el concurso de acreedores en países como el nuestro es que, la falta de mecanismos concursales más desarrollados y de incentivos a su utilización, hace que estos se empleen poco y extemporáneamente, impidiendo, a largo plazo, cualquier solución distinta de la liquidación de los activos para satisfacción de los acreedores. Por ello, el legislador comunitario, ha previsto, junto a otro tipo de incentivos -que podríamos denominar facilitadores-, y, como contrapeso: el endurecimiento del régimen de responsabilidad de los administradores.

En el contexto anterior surge una nueva obligación para los administradores sociales que ingresará en el ordenamiento español, previa transposición y **ex artículo 19 b) de la Directiva - con relación al considerando número 70-**. Se trata de la **debida adopción de medidas para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia, entre las que se menciona, expresamente, la búsqueda de asesoramiento profesional**. Por otro lado, en el referido considerando se dan supuestos que servirán para demostrar la diligencia por parte del administrador y así evitar una hipotética condena a la responsabilidad. Dichos supuestos, que junto a la búsqueda de asesoramiento profesional, se podrán traducir en eximentes de responsabilidad o en presunciones de antijuricidad -según la formulación que se les dé finalmente en su transposición- son: (i) *la protección del patrimonio a fin de incrementar al máximo su valor y evitar la pérdida de activos clave*; (ii) *examinar, a la luz de la estructura y las funciones de la empresa, su viabilidad y reducir gastos*; (iii) *evitar comprometer a la empresa en transacciones que puedan ser objeto de revocación, a menos que exista una justificación empresarial adecuada*; (iv) *seguir comerciando cuando sea adecuado hacerlo con el fin de maximizar el valor de la empresa en funcionamiento*; (vi) *mantener negociaciones con los acreedores e iniciar procedimientos de reestructuración preventiva*.

Consideramos que difícilmente podrá el administrador societario defender que se subsume en alguno de los anteriores supuestos de exención de responsabilidad sin el asesoramiento de un letrado especializado en ese amplio marco jurídico que, incluido el muy especializado Derecho concursal, se ofrece -y cada vez, de modo más categórico- a las empresas en dificultades para intentar abandonar dicha situación. No olvidemos que, **el administrador social, a menudo, necesita un apoyo para poder interpretar ese tipo de escenarios de alta complejidad y poder adoptar, con mentalidad "largoplacista", las mejores decisiones**.

Cabe pensar que, jurisprudencialmente, la citada obligación podrá interpretarse integrada dentro del elenco de deberes del administrador conforme a la normativa societaria y que, como base en el incumplimiento del deber de diligencia (artículos 225 y 226 LSC), podría ser fundamento para una acción de responsabilidad social (artículo 238 LSC) o, en su caso, para una acción de responsabilidad individual (artículo 241 LSC). Lo anterior, siempre que, una futura reforma concursal no la incluya como una nueva presunción de concurso culpable del que pueda derivarse una responsabilidad concursal, lo cual, a nuestro entender, podría ser su ubicación y tratamiento más natural, en la actualidad.

Sin embargo, sea cual sea la opción de técnica legislativa y la ubicación que finalmente se elija en nuestro país para dar forma a esta nueva obligación legal concerniente a los administradores sociales y que impone la Unión Europea, hemos querido trasladar, con estas líneas, que la contratación de letrados especializados por parte de la sociedad en dificultades se muestra, por lo dispuesto en la Directiva, como la única vía para probar como reales los intentos de reestructuración para evitar la insolvencia -intentos que ahora formarán parte, expresamente, de las obligaciones del administrador societario- y, de tal modo, protegerle frente acciones de responsabilidad. De hecho, consideramos que las otras dos obligaciones de los administradores sociales previstas en el artículo 19 de la Directiva y que les exigen tener "*debidamente en cuenta*" varias consideraciones y conductas, nuevamente, no podrán cumplirse sin la adecuada asistencia legal especializada. En particular, nos referimos a la exigencia de que tengan en cuenta: (i) *los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados*; (ii) *la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente*.

Por último, cabe señalar que la Directiva supone, en su conjunto, todo un cambio de paradigma -al menos en nuestro país-, con relación al precurso y, consecuentemente, al ámbito actual del concurso de acreedores y de ahí que su transposición sea, a todas luces, una tarea de gran complejidad procesal y sustantiva. Sin embargo, la realidad económica que vive Europa, previsiblemente, forzará a agilizar el ritmo. Por otro lado, el propio tratamiento del precurso en el nuevo Texto refundido -dedicándole, por vez primera, todo un Libro (el Libro II)-, va en la línea de ubicar a las soluciones precursoales, dentro de nuestro ordenamiento, en ese lugar destacado que merecían tener.

### 3. CONCLUSIÓN

---

Desde nuestro departamento de Concursal y Mercantil y gracias a nuestra experiencia en Reestructuraciones e Insolvencias, nos ofrecemos como esa “brújula” que ahora, más que nunca, necesitan muchas sociedades. Y particularmente, nos ofrecemos como guía y ayuda para el cumplimiento de una obligación que se ha ido introduciendo poco a poco en nuestro ordenamiento y que será, próximamente, de carácter preceptivo para los administradores sociales cuyas sociedades se encuentren en situación de dificultad.

Madrid, 13 de julio de 2020.

---

©2020 TARSSO

Todos los derechos reservados.

El presente documento ha sido preparado a efectos de orientación general sobre materias de interés y no constituye asesoramiento profesional alguno.

No deben llevarse a cabo actuaciones en base a la información contenida en este documento, sin obtener el específico asesoramiento profesional. No se efectúa manifestación ni se presta garantía alguna (de carácter expreso o tácito) respecto de la exactitud o integridad de la información contenida en el mismo y, en la medida legalmente permitida.

[www.tarssso.com](http://www.tarssso.com)

