

Sobre la probabilidad de insolvencia y del deber de diligencia



Jordi Ibiza, Asociado Senior del área de Derecho Concursal de BROSETA



Con anterioridad a la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR) operada consecuencia de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, los grados de insolvencia que existían eran fundamentalmente dos, la insolvencia actual y la insolvencia inminente. La insolvencia actual se definía como la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles -vencidas-, mientras que la insolvencia inminente se identificaba simplemente con la previsión de que en un tiempo se incurriría en incumplimientos generalizados, sin que el legislador fijase ninguna referencia temporal a dicha previsibilidad.

Pues bien, con la transposición de la Directiva UE al derecho nacional, y partiéndose de la creencia generalizada de que cuanto antes se empleen los mecanismos de reestructuración mejor, se ha delimitado temporalmente qué debe entenderse como insolvencia inminente y, además, se ha establecido el grado de la probabilidad de insolvencia. En este sentido, la insolvencia inminente será aquella previsible en el plazo de tres meses siguientes, mientras que el nuevo concepto de probabilidad de insolvencia ("likelihood of insolvency") es *"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"*.

Dicho lo anterior, a continuación, vamos a responder a las siguientes cuestiones: (i) motivos que llevan al legislador a fijar los dos años como hito temporal para la probabilidad de insolvencia; (ii) herramientas a efectos de identificar dicha probabilidad; (iii) posibilidades que se abren al deudor con la concurrencia de dicha probabilidad; (iv) régimen de responsabilidad de los administradores ante la proximidad de la insolvencia.

i. Del plazo de dos años como hito temporal para la probabilidad

De conformidad con la Directiva UE se dejó al arbitrio de los Estados Miembros la exacta definición del término probabilidad de insolvencia, sin perjuicio de que aclaraba que, en cualquier caso, debía ser un estado anterior al que permitiese abrir un procedimiento de insolvencia de conformidad con la ley nacional. Por ello, siendo que la legislación concursal anterior contemplaba la insolvencia actual e inminente como presupuesto del concurso, se hacía necesario la inclusión de un nuevo grado.

Con la inclusión de la probabilidad de la insolvencia como nuevo grado se intenta establecer un beneficio para el deudor, de modo que este pueda acogerse a mecanismos preconcursales con la mayor antelación posible, por supuesto en tanto que desarrolle una actividad económicamente viable y esté justificada la reestructuración. No obstante, en nuestra opinión hubiese sido más prudente acortar dicho plazo temporal y fijarlo en un momento más próximo a la insolvencia, como también aconsejó un grupo de expertos en un trabajo del Fondo Monetario Internacional ("Restructuring and Insolvency in Europe: Policy Options in the Implementation of the EU Directive", 27 de mayo de 2021), donde se recomendaba un plazo próximo a los 6 meses con el fin de dotar de mayor seguridad al ejercicio previsor.

ii. Probabilidad de insolvencia y acceso a mecanismos legales

La identificación de la probabilidad de la insolvencia permitirá al deudor, sin estar ante una insolvencia actual o inminente, acogerse al uso de los mecanismos que integran el derecho preconcursal. No obstante, la probabilidad de insolvencia no faculta al deudor, salvo que se trate de una microempresa, a acogerse al procedimiento legal de insolvencia.

Más concretamente, la probabilidad faculta a realizar la comunicación de la apertura de negociaciones del artículo 585 TRLC, con los beneficios que esta comunicación puede desplegar, e iniciar la búsqueda de un plan de reestructuración destinado a evitar un concurso de acreedores. Aunque se ha apuntado por algún operador de la insolvencia el riesgo de conductas oportunistas por parte de deudores que intenten que sus acreedores soporten pérdidas, entendemos que este problema debería ser más teórico que real.

Además, tengamos en cuenta que a efectos de reestructurar ello dependerá también de la disposición de los acreedores a negociar, siendo dudoso que estos estén dispuestos hacerlo ante una previsión de insolvencia a dos años vista.

iii. Identificación de la probabilidad de insolvencia

Acercándonos a la realidad práctica, la cuestión que surge es cómo determinar la concurrencia de este presupuesto de acceso a los mecanismos concursales, partiéndose de que la única delimitación conceptual que se ofrece en el TRLC es que existe probabilidad cuando, de no alcanzar un plan de reestructuración, el deudor finalizará en insolvencia actual en los próximos dos años siguientes.

En primer lugar, parece lógico pensar que esta probabilidad no debe ser simplemente una pequeña posibilidad de que aparezca la situación de insolvencia, pues de ser así podría concluirse que la gran mayoría de deudores tienen alguna probabilidad, por mínima que sea. Por el contrario, entendemos que la probabilidad se da cuando exista más posibilidad de ser insolvente de que no (+50%).

En segundo lugar, el establecimiento de las alertas tempranas introducidas en el TRLC puede servir de base a efectos de predecir la probabilidad de insolvencia. Si bien, aunque estas alertas se han configurado como un mecanismo tendente a que el deudor detecte cuanto antes una situación económica-financiera desfavorable, consideramos que éstas no serán suficientes.

Por el contrario, en la detección de este presupuesto de la probabilidad de insolvencia será esencial la ayuda de los colaboradores externos (asesores en

materia de insolvencia y reestructuraciones), quienes con base a ratios financiero-contables podrán realizar un ejercicio más próximo a la realidad. Lógicamente la casuística será muy diversa, siendo que también se podrá atenderse a otras variables, instrumentos e incluso acontecimientos externos.

iv. Probabilidad de insolvencia y responsabilidad de administradores

Por último, y no por ello menos importante, es de importancia destacar si una situación de probabilidad de insolvencia activa un régimen especial en materia de responsabilidad de administradores, debiendo de tomar en consideración determinados intereses o conductas.

Acerca de la cuestión la Directiva UE ofrecía respuestas, siendo que en su artículo 19, sobre obligaciones de los administradores sociales, se establecía que en caso de "likelihood of insolvency" los Estados Miembros se asegurarían de que los administradores tomasen 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."

No obstante, el legislador español con la transposición de la directiva entendió que estas previsiones respecto de los deberes de los administradores sociales se encontraban implícitas en la normativa vigente, por lo que no se introdujeron novedades.

Al respecto el debate está servido entre los operadores, siendo que no son pocas las voces que afirman que el deber legal de diligencia de los administradores debe ser interpretado a la luz del texto y finalidad de la normativa comunitaria desde la aparición de la probabilidad de insolvencia, con base fundamentalmente al principio de primacía del Derecho europeo. Mientras tanto, el establecimiento de protocolos de detección de riesgo de insolvencia y/o utilización de alertas tempranas se constituye como una recomendación a efectos de adoptar decisiones estratégicas y de negocio que queden protegidas por el principio de discrecionalidad empresarial.