
Realidad económica y gestión legislativa de la crisis financiera de pequeñas y medianas empresas

Enrique Sanjuán y Muñoz

Resumen: El propósito esencial de este trabajo es comparar la regulación existente para la solución de crisis financieras de las empresas situadas en un determinado rango y que, considerándose medianas, han sido incluidas por el legislador dentro del grupo regulatorio de las grandes empresas. El presente trabajo se centra en comparar la regulación de pre-insolvencia e insolvencia para unas y otras empresas con el fin de poder concluir si el grupo en el que han sido incluidas las clasificadas como medianas empresas es el mejor de entre aquellos en que podían haber sido incluidas desde el punto de vista de la insolvencia.

Palabras clave: Preconcurso; Insolvencia; PYMES; Crisis financiera de la empresa.

Códigos JEL: D21; D22; D61; G33.

Markets were no longer simply places to trade goods but where contractual claims could be settled and enforced.

J. Edwards & S. Ogilivie (2012)

1. La política europea de protección de la PYME y su traslado a la gestión de la crisis empresarial en España

El legislador español de insolvencia¹ ha decidido establecer una regulación que distingue, inicialmente, tres grupos de empresas de cara a afrontar las situaciones de crisis empresariales. Parte para ello (aunque no literalmente) de la clasificación que de las mismas se realiza en la Directiva 2013/34/UE²,

que distingue entre pequeñas, medianas y grandes, considerando en esa distinción una referencia al total de su balance, su volumen neto de negocio y su número medio de empleados durante el ejercicio contable.

Para entender la clasificación de dicha Directiva de 2013 (que en realidad tiene por objeto normas financieras), debemos resaltar que en la misma se busca tener criterios objetivos de clasificación, que en principio se recogen a los efectos de no sobrecargar a unos y otros tipos de empresas con más obligación que la estrictamente necesaria en relación con los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines.

En la Recomendación de 6 de mayo de 2003³ ya se hacía referencia a dicha tipología partiendo de tres consideraciones: (1) En general, la categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por todas aquellas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros. Además de estas

¹ 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).

² Directiva 2013/34 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del

Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo.

³ Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (notificada con el número C(2003) 1422).

tendremos las grandes empresas. (2) En esa misma categoría de PYME nos encontramos también a una pequeña empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros. Y (3) también ahí se define a la microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros.

La Directiva (UE) 2019/1023⁴ (también conocida como la Directiva de Reestructuración e Insolvencia —DIR—) señala en su considerando 18 que, a la hora de definir las pequeñas y medianas empresas (también denominadas en este trabajo como PYMES), los Estados miembros “podrían” (este es el verbo utilizado) prestar la debida consideración a dichas Directiva y Recomendación, puesto que —afirma— *las microempresas y las pequeñas y medianas empresas no disponen, por lo general, de los recursos necesarios para evaluar los riesgos relacionados con las actividades transfronterizas*. Se trata entonces de facilitar, con esta última, la solución a las crisis y para recuperar la solvencia.

La cuestión tiene importancia, porque de la clasificación que tengamos de esas empresas dependerá no solo la carga a que se les someta, sino también las ayudas a las que podrán acogerse, incluidas las facilidades que de la Directiva de Reestructuración e Insolvencia se puedan derivar.

Estas definiciones son importantes a la hora de evaluar qué empresas pueden beneficiarse de los programas de financiación de la Unión Europea (UE) destinados a promover las PYME, así como en relación con determinadas políticas, como las normas de competencia específicas que le son aplicables.

⁴ 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).

La política de la Comisión Europea en relación con las PYME se concentra principalmente en cinco áreas prioritarias, que abarcan: (1) el fomento del espíritu empresarial y la política de defensa de la competencia; (2) el acceso a los mercados; (3) la reducción de las cargas burocráticas; (4) la mejora del potencial crecimiento de este tipo de empresas y (5) el dialogo entre las partes interesadas. Las políticas aplicables en dichos ámbitos son diferentes a las de otros grupos como los formados por las grandes empresas, las cotizadas, las globalizadas, etc.

Como hemos anunciado, el legislador español recoge en la reforma de insolvencia de 2022 operada por la Ley 16/2022 una clasificación que no sigue esas pautas europeas referidas. Y ello le permitirá establecer tres regulaciones diferentes, algunas más profundamente desarrolladas que otras.

Así, cuando hablamos de microempresas se aplica un régimen previsto en el Libro III del Texto Refundido de la Ley Concursal⁵, donde se desarrolla la posibilidad de un procedimiento especial para continuar la actividad de la empresa o para liquidarla según el caso (a través de sistema telemáticos exclusivamente), que es un expediente mixto entre la posibilidad de un acuerdo de reestructuración fuera y dentro de un procedimiento de insolvencia.

Si no se trata de una microempresa, definida en el artículo 685 del Texto Refundido de la Ley Concursal (empresas de menos de 10 millones de euros de negocio y menos de 10 trabajadores), se aplica el Libro II de la norma concursal, que es el régimen general para todas las demás, y que solo establece pequeñas modificaciones en la negociación para empresas de hasta 49 trabajadores y con facturación no superior a 50 millones de euros.

Esas pequeñas variaciones, que veremos más en profundidad posteriormente, parecen justificarse en virtud de considerar que nos encontramos ante una PYME, que debe obedecer a los criterios que la Directiva de

⁵ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

Reestructuración e Insolvencia ofrece para la necesaria adaptación, algo que no se ha tomado en consideración para las empresas de tamaño medio.

Por tanto, podemos decir que hay, en nuestra normativa de insolvencia, tres grupos de empresas, con tres regulaciones diferentes, que recogemos a continuación de forma visual y gráfica:

[Cuadro 1]

El objetivo del presente trabajo es analizar si las herramientas que se han puesto a disposición de las empresas y empresarios en la normativa de insolvencia que adapta la Directiva de Reestructuración e Insolvencia en nuestro país, en relación con la clasificación de empresas, suponen un funcionamiento más eficiente (y tienen una suficiente justificación para ello) que aquel que pudiera derivarse de haber seguido una clasificación similar a la prevista en el ámbito europeo; o, por el contrario, si esa distinción y clasificación puede perjudicar (sobre la base de los principios perseguidos por dicha Directiva) al grupo de empresas que no se ha comprendido bajo un régimen particular como el régimen previsto para microempresas en el Libro III de la norma concursal (es decir, aquellas que superan los 50 empleados y no alcanza los 250, su volumen de negocios no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no es superior a los 43 millones de euros).

Para ello, en el epígrafe segundo tratamos el régimen realizado en el ámbito europeo a los efectos de justificar la protección y particularización legislativa. En el epígrafe tercero, se lleva a cabo este análisis desde la perspectiva de la diferenciación en el ámbito de la reforma de la Ley 16/2022 y el régimen preconcursal y concursal que se ha diferenciado para unas empresas y otras. En el siguiente, hacemos una recopilación de elementos diferenciadores que explicamos a continuación en otro epígrafe. Y, finalmente, concluimos la insuficiencia del sistema en función de todo este análisis.

2. Justificación europea de las políticas de protección y particularización de las pequeñas y medianas empresas. La justificación de la diferenciación mediante los datos

Conforme a Eurostat⁶, en 2019 la economía empresarial de la UE estaba formada por 25,9 millones de empresas activas con más de 133 millones de personas empleadas. La mayor población de empresas activas se registró en Francia (4,3 millones), seguida de Italia (3,8 millones), España (3,1 millones) y Alemania (2,7 millones). El sector de los servicios fue el dominante en todos los países. Se crearon unos 3,5 millones de puestos de trabajo a partir de casi 2,6 millones de empresas recién nacidas. El número de empresas recién nacidas en 2019 aumentó en más de 140.000 empresas en comparación con 2018. La tasa de supervivencia a un año de las empresas creadas en 2018 fue de alrededor del 82 %. Los mayores porcentajes de empresas de alto crecimiento en 2019 se registraron en España, Finlandia y Malta. Por todo ello, véase la figura 1.

[Figura 1]

Nos dijo no hace mucho una Comunicación de la Comisión Europea⁷ que en 2020 teníamos algo menos de veinticinco millones de PYMES en Europa y que las mismas son la columna vertebral de la economía de la UE. Dichas empresas emplean a alrededor de cien millones de personas, representan más de la mitad del PIB de Europa y desempeñan un papel clave, al aportar valor añadido a todos los sectores de la economía. Por tanto, el porcentaje de pequeñas y medianas empresas respecto del total es muy alto y su mayor protección es proporcional al peso en nuestra economía.

La distribución, considerando la clasificación europea de pequeñas y medianas

⁶ “Business demography statistics. Data from May 2022”.

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una estrategia para las PYMES en pro de una Europa sostenible y digital. COM/2020/103 final.

empresas, conforme a la citada base de datos, la podemos ver conforme al cuadro 2.

[Cuadro 2]

Considerando, por lo tanto, el anterior cuadro, a la vista únicamente de los países de la UE, resultaría que España ocupa el tercer puesto en cuanto al número de empresas que, siendo PYMES, se encuentran en ese ranking de 49 a 250 que en la normativa de insolvencia se tratan de igual forma que en los supuestos de empresas grandes (gráfico 1).

[Gráfico 1]

Desde ahí entonces resultaría que nuestra tercera posición en este tipo de empresas vendría distribuida, en comparación con el resto, de forma muy similar a Alemania, Francia o Italia.

Añadiremos a todo ello dos elementos: por un lado, el número de empleados, y, por otro, el peso en el PIB. Con ello pretendemos ver si este grupo de empresas tienen características que las puedan asemejar o no a unos u otros grupos más que a otros.

Si tomamos en consideración la distribución por número de empleados el resultado en nuestro país se aprecia en la cuadro 3.

[Cuadro 3]

Por lo tanto, lo que vemos es que es un grupo diferente a todos los demás. Si tomamos una regulación particularizada para uno de esos grupos deberíamos tomarla también para este, considerando el número de empleados.

Añadimos para este análisis, como hemos dicho, otro elemento de valoración. Si ponderamos el número de empresas en relación con el peso en la economía de cada país (PIB) y con el número de empleados, el resultado gráfico es el de las figuras 2 y 3, respectivamente.

[Figura 2]

[Figura 3]

Conclusión de todo ello es que el conjunto de empresas de mediano tamaño, entre las que se encuentran aquellas que llegan hasta 249 trabajadores, y eliminadas las microempresas, supone un porcentaje muy importante sobre el Valor Agregado Bruto (VAB, o GVA, en inglés)⁸ pues alcanzan en España el 16,1% del valor final de la producción (“output”) una vez reducido de este el valor de lo que hemos utilizado para producir (“inputs”).

De esta forma se convierten en el tercer conjunto en orden de importancia después de las grandes y pequeñas empresas. En definitiva, las medianas empresas tienen un peso importante y no despreciable pero casi 2,5 veces inferior a cada uno de los grupos restantes. Si lo miramos en términos de empleados su situación es igualmente el menos importante.

Por tanto, su peso en la economía justificaría en principio un trato diferenciado respecto del grupo mayoritario, que es el de microempresas, en comparativa laboral; y podría incluirse en el grupo de las grandes empresas a los efectos de considerar su escaso peso en relación con estas últimas, pero difícilmente se adecua, al recogerlas en esa regulación, al régimen de menores cargas que se pretende para todo el desarrollo de su actividad, fundamentalmente en el ámbito financiero, en la UE para las pequeñas y medianas empresas.

Es por ello por lo que quizás la mejor opción hubiera sido la de asimilarlas al régimen de las pequeñas empresas o establecer un régimen particular para el conjunto de las medianas. La importancia de las grandes empresas justificaría un trato similar, aunque también diferente para las medianas.

No obstante, el hecho de la similitud en peso en términos de VAB de las pequeñas y grandes empresas en la economía no justifica que, si existen dos grupos, el de medio tamaño

⁸ El valor agregado o añadido bruto puede ser definido como una medida del valor de bienes y servicios producidos en un área o sector de una economía. En el balance de la cuenta de producción nacional, el VAB es la producción menos el consumo intermedio. $PIB = VAB - \text{impuestos indirectos netos}$.

(objeto de este trabajo) se acerque más a un grupo que a otro. Es decir, no está justificado que se asimilen más a las grandes empresas que a las pequeñas empresas, o al revés, salvo que tomemos en consideración otros elementos extraños a los que hemos tomado nosotros, como, simplemente, entender que son tan complejas como las grandes empresas, algo que realmente puede ser seriamente discutido.

Conclusión de todo ello es que no existe una razón que justifique debidamente la unificación del régimen normativo de la insolvencia de las grandes empresas junto a aquellas que son de medio tamaño y que vienen a considerarse dentro del grupo de las pequeñas y medianas empresas a efectos de su protección y regulación.

3. Elementos diferenciadores de la regulación de la insolvencia y su adecuación al modelo elegido

Nos toca por lo tanto resaltar los elementos que diferencian la regulación de unos y otros grupos de empresas a la hora de afrontar la insolvencia tal y como lo ha hecho el legislador español. Se trata de considerar un cuadro en donde se recojan las principales características de dicha regulación en relación con cada uno de los grupos, asignando un valor de 0 cuando es negativa y 1 cuando es positiva esa diferenciación. La comparativa es entre las microempresas y las grandes empresas como grupos de regulación.

A la hora de elegir los elementos (“inputs”) a considerar debemos eliminar aquellos que son comunes, es decir, aquellos que no ofrecen ni mayor ni menor valor a unos y otros, aunque resaltaremos algunos que no pueden dejarse de tomar en consideración precisamente para destacar que se han valorado. Es el caso, por ejemplo, de la posibilidad de negociar previa al concurso, que se daría en los tres supuestos, supone un elemento a valorar positivo y no ofrece mayor valor a un régimen que a otro, si solo tomamos eso en consideración y no el sistema concreto que se puede utilizar.

La explicación de cada uno dependerá, en algún momento, de la perspectiva desde la que

se traten. Así, lo que para el acreedor puede ser bueno (el hecho de que se obligue a continuar la negociación al deudor según lo previsto en el artículo 612 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal⁹, denominada suspensión de la solicitud de concurso voluntario) podría no serlo para el deudor o viceversa (el artículo 612 no se aplicará en los supuestos de pequeñas empresas (10-49 empleados) o microempresas (0-9)).

En estos casos hemos elegido la perspectiva del acreedor (obligación de continuar) o la del deudor (prioridad relativa) dependiendo de la mayor facilidad que una u otra puedan dar para concluir un posible acuerdo; es decir, en función de que ello sirva o no al acuerdo se valorará positiva o negativamente.

A veces nos encontramos con un problema a la hora de valorar la situación, pues si atendemos a la normativa preconcursal el sistema puede ponderar de forma distinta al supuesto concursal. Es, por ejemplo, lo que ocurre cuando hablamos de la posible desposesión del deudor por el uso de estas herramientas: en el caso de empresas del Libro primero (ordinarias) del Texto Refundido de la Ley Concursal la desposesión es la regla general en el concurso y no en la situación preconcursal.

En el caso de las microempresas, la no desposesión es la regla general tanto para el “Plan de Continuación” como para el “Plan de

⁹ Artículo 612: “1. Mientras estén en vigor los efectos de la comunicación, la solicitud de concurso presentada por el deudor podrá ser suspendida por el juez a instancia del experto en la reestructuración, si hubiera sido nombrado, o de los acreedores que, en el momento de la solicitud, representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. En la solicitud deberá acreditarse la presentación de un plan de reestructuración por parte de los acreedores que tenga probabilidad de ser aprobado.2. La suspensión se levantará transcurrido un mes desde la presentación de la solicitud de concurso por el deudor si los acreedores no hubieran presentado la solicitud de homologación del plan de reestructuración.3. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable al deudor persona natural ni a las sociedades cuyos socios o algunos de ellos sean legalmente responsables de las deudas sociales”.

Liquidación”. En estos casos lo que hemos planteado es un juego de suma cero, de tal forma que el efecto positivo y el efecto negativo se anularían en el primero. Otros elementos valorables lo son por comparativa entre ellos mismos; es el caso de la celeridad. Se es más rápido en el procedimiento de microempresas por el propio sistema y por los plazos establecidos que en el resto, por lo que este tendrá una ponderación positiva y el resto no. Igual ocurre con la homologación tácita frente a la más tardía que es la expresa, o en el uso de nuevas tecnologías, más fomentada e implantada para las microempresas. Todo ello se puede apreciar en el cuadro 4.

[Cuadro 4]

El resultado de todo lo anterior nos debería señalar que si $b > \alpha > a \Rightarrow x > \alpha > a$, porque al tratarse de una empresa media de las que estamos analizando distinta a los supuestos especiales y al procedimiento especial de microempresas, pero al ser regulada como una empresa grande [$b = \{b, x\}$; $x \in b$] y ser esta regulación mejor que las demás, entonces estaría beneficiándose de esa teórica mejor regulación.

Si resulta que $\alpha > a$ y $b \Rightarrow x < \alpha$ por estar en b , lo que significa que debería haberse optado por aquella.

Si resulta que $a > \alpha > b \Rightarrow x < a, \alpha$, lo que significa que debería haberse optado por una regulación de microempresas.

Con el resultado de los indicadores elegidos resultaría finalmente que $a > \alpha > b$. Desde ahí y en el parámetro de mejores herramientas, la localización de $x \in b$, resultaría más perjudicial que si $x \in a$, siendo que además se trata de una tipología de empresa que se encuentra en teoría y conforme a la regulación europea dentro del conjunto que debería estar formado también por α y a . Ello evidentemente sin dejar de ver que el hecho de haber distinguido estos tres grupos nos lleva a la conclusión de empeoramiento fundamentalmente del grupo α que parece haber sido focalizado en una situación que le empeora respecto de b y le empeora respecto de a .

Que se trate de una regulación con unas herramientas, al menos en teoría, diferentes y en el caso concreto que estudiamos “no mejores” que aquellas que le podrían haber correspondido si se hubiera determinado un grupo concreto de empresas pequeñas y medianas desde un punto de vista europeo, puede no significar nada si no tomamos el valor “adecuación”, es decir, si no analizamos lo adecuado de dichas herramientas respecto del modelo de empresa según esa distinción que estamos haciendo.

Esa adecuación debería partir de considerar, por un lado, las exigencias de la Directiva que se incorpora a la legislación española (damos por hecho entonces que esto debe ser así) y, por otro, la utilidad y/o eficiencia de las mismas para el sistema (en este último consideramos y damos también por hecho que si hay una adaptación legislativa particularizada a esa tipología es útil y eficiente, pues, en caso contrario, se discute la eficiencia). Es el apartado señalado con la letra “u”. Así, por ejemplo, la negociación previa al concurso (comunicación) está regulada muy ampliamente para el supuesto de grandes empresas ($b = \{b, x\}$) dentro del cual se encuentra el grupo que tratamos, menos amplio y solo matizado respecto de lo previsto para el grupo b en el grupo α ; y un poco más regulado para el grupo a , aunque adaptado. En este supuesto ambos se considerarán útiles. Por otro lado, la afectación de contratos partiría de una regulación ya prevista en el grupo de grandes empresas por lo que al no estar adaptado ni en α ni en a , sería solo útil para el grupo b . La utilización de las nuevas tecnologías se ha centrado exclusivamente en el grupo a y por ello se considerará útil.

También conforme a dicho parámetro tendríamos no solo que el grupo “a” es sin duda el que mejor se adapta a las particularidades del modelo de empresa, sino que el hecho de haber desgajado de este otras pequeñas empresas (α y x) conllevaría que no se beneficiaran de las posibles mejoras (u) que se aplican a aquel.

4. Análisis concreto de la utilidad de los indicadores según modelo

Desde el punto de vista de la teoría y su aplicación eficaz al proceso de superación de la crisis de empresa, debemos finalmente, una vez conocidos los anteriores resultados, analizar los indicadores que hemos utilizado y su posible adaptación al grupo x que es objeto de este trabajo.

Es decir, se trata de comprobar si el grupo formado por empresas de más de 49 y hasta 250 trabajadores y volumen de negocio de hasta 50 millones de euros, puede utilizar más fácilmente esos indicadores inicialmente atribuidos a su grupo en su gestión de la crisis, o, por el contrario, debería poder utilizar los particulares aplicados a otros grupos por ser los que mejor se adaptan a aquella.

Partimos entonces de haber considerado que en teoría y con dichos indicadores deberían haber sido incluidos en el grupo de microempresas.

4.1. Negociación previa para evitar o superar la insolvencia y su prórroga

En nuestra legislación nacional adaptada a la Directiva, la posibilidad de negociación previa se da en los tres supuestos que hemos distinguido, perteneciendo el grupo x al mismo grupo de las grandes empresas, lo que conlleva una regulación más determinada y profunda en donde nos podemos encontrar incluso la posibilidad de prórroga.

Bien es cierto que con la Directiva era posible que esa prórroga fuera incluso de hasta doce meses y que el legislador español la ha limitado para los grupos del Libro II del Texto Refundido de la Ley Concursal solo a una.

La distinción con el régimen de la microempresa, que es el que se puede hacer, conlleva que consideremos que es mejor la regulación para los demás grupos que para este, aunque si tenemos en cuenta la relación proporcional a la complejidad de la empresa (más grande más compleja) entonces el régimen es más adecuado (no totalmente, pero más adecuado) que el de equiparar a unas y otras.

La Directiva de Reestructuración e Insolvencia (considerando 35, artículo 6) afirma que “Para lograr un justo equilibrio entre los derechos del deudor y los de los acreedores, una suspensión de ejecuciones singulares debe aplicarse por un plazo máximo de cuatro meses. No obstante, las reestructuraciones complejas pueden requerir más tiempo. Los Estados miembros deben poder establecer que, en esos casos, la autoridad judicial o administrativa pueda acordar prórrogas del plazo inicial de la suspensión. (...) En aras de la seguridad jurídica, la duración total de la suspensión debe limitarse a 12 meses. Los Estados miembros deben poder prever una suspensión indefinida cuando el deudor devenga insolvente según la normativa nacional. Los Estados miembros deben poder decidir si una breve suspensión provisional en espera de la resolución de la autoridad judicial o administrativa sobre el acceso al marco de reestructuración preventiva debe estar sujeta a los plazos establecidos en la presente Directiva”.

Todo ello encuentra reflejo en el artículo 607 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Así:

1. Antes de que finalice el periodo de tres meses inicial el deudor o los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud de la prórroga, pueda resultar afectado por el plan de reestructuración, deducido el importe de los créditos que, en caso de concurso tendrían la consideración de subordinados, podrán solicitar del juez la concesión de prórroga de los efectos de esa comunicación por un periodo de hasta otros tres meses sucesivos a la ya concedida.
2. La solicitud de prórroga deberá ir acompañada de informe favorable del experto en reestructuración, si hubiera sido nombrado.
3. La resolución denegatoria de la prórroga no será susceptible de recurso, lo que priva de un reexamen de ello a quienes puedan estar interesados. La resolución

que la conceda podrá ser impugnada mediante recurso de reposición.

4. Simplemente porque así lo solicite el deudor o el experto, o los acreedores que representen al menos el cuarenta por ciento del pasivo que, en el momento de esta solicitud, pueda resultar afectado por el plan de reestructuración, deducido el importe de los créditos que en caso de concurso tendrían la consideración de subordinados, se podrá dejar sin efecto esa prórroga.
5. También se podrá dejar sin efecto a solicitud de cualquier acreedor (ya sin porcentaje), que acredite que la prórroga de los efectos de la comunicación ha dejado de cumplir el objetivo de favorecer las negociaciones del plan de reestructuración
6. Y, por último, cualquier acreedor podrá solicitar ser excluido de los efectos de la prórroga si probase que esta podría 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. También podrá solicitar ser excluido si la suspensión o paralización de las ejecuciones solo afectara a las que tuvieran por objeto bienes o derechos necesarios y, en el momento de solicitar su exclusión, los bienes objeto de ejecución hubieran perdido ese carácter.

Lo curioso del sistema es que el artículo 683.3 parece matizar que en el caso del régimen especial del grupo de hasta 49 trabajadores (en adelante, régimen especial) una de estas especialidades es que solo se dará una prórroga¹⁰. Esto es debido a que inicialmente en el régimen general existía una incorporación de la Directiva más amplia de hasta doce meses, lo que hubiera permitido una mejor renegociación en supuestos complejos. En cualquier caso, para el régimen especial solo el deudor está legitimado para

¹⁰ 3. Los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones a solicitud del deudor solo podrán prorrogarse por una sola vez.

solicitar la prórroga de los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones, mientras que en el régimen general es posible que sea instado por los acreedores, algo que puede ser bueno para el salvamento de la empresa, pero no muy beneficioso para los socios que no quieren continuar la actividad empresarial. Directamente, según el artículo 690.2.3º del Texto Refundido, los efectos de la negociación no podrán prorrogarse para microempresas.

4.2 Obligación de continuar la negociación

La negociación es en principio voluntaria, pero la norma es un poco más compleja que esto. El régimen del Libro I del Texto Refundido exige que si el deudor se encuentra en estado de insolvencia actual debe ir a concurso. No obstante, si se va a negociación se interrumpirán los plazos de esta exigencia.

El artículo 683.2 matiza el supuesto para el régimen especial: “Efectuada la comunicación, la tramitación de solicitud de declaración de concurso presentada por el deudor no se podrá suspender a instancia de los acreedores, ni del experto en la reestructuración”.

Esto viene, en realidad, a matizar lo dispuesto en el artículo 612 para el régimen ordinario, que recoge, salvo para algunos supuestos¹¹, que mientras estén en vigor los efectos de la comunicación, la solicitud de concurso presentada por el deudor (es decir, que el deudor decida terminar con las negociaciones) podrá ser suspendida por el juez a instancia del experto en la reestructuración, si hubiera sido nombrado, o de los acreedores que, en el momento de la solicitud, representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración.

Esto tiene su razón de ser en un problema *hold-up/hold-out*¹² que se produce en esta

¹¹ Lo dispuesto ese artículo no será aplicable al deudor persona natural ni a las sociedades cuyos socios o algunos de ellos sean legalmente responsables de las deudas sociales.

¹² En realidad, en las dos últimas décadas, la teoría del *hold-up* se ha venido refiriendo a patentes, según la cual los titulares de patentes esenciales estándar (SEP en inglés) utilizan su poder de mercado para extraer rentas o

situación de negociación, en donde, por un lado, los acreedores, sobre todo los que no son privilegiados por contar con garantías y remedios específicos, saben que pueden esperar porque cada vez más existirá una situación de desesperación de los deudores en esta situación de crisis empresarial y conseguirán mejores resultados y garantías.

Por otro lado, los deudores pueden amenazar una y otra vez con acudir al concurso, si no hay un buen acuerdo para ellos, a aquellos acreedores que no son privilegiados (en un momento inicial también a los privilegiados en función del sistema de provisión de créditos regulado por el Banco de España) y dejarles sin posibilidad de recuperación o en peor situación que la que pudiera derivar de un acuerdo que es propuesto en beneficio del deudor fundamentalmente.

Para evitar ese problema de *hold-out* del deudor existe esa imposición de negociación siempre que lo solicite un porcentaje importante de acreedores y hayan presentado un plan de reestructuración (lo que evita el *hold-up*).

Que este régimen no sea aplicable a pequeñas y medianas empresas es una matización “imperdonable”, pues nuevamente el mismo se ve sometido a un sistema de presiones de difícil encaje para una buena solución a la negociación. Pero el hecho de que el grupo de empresas “x” esté sujeto al primer supuesto no puede sino considerarse mejor que el hecho de haber estado recogido en otro subgrupo.

4.3. Régimen del *prepack* y venta de unidad productiva

La exposición de motivos de la Ley 16/2022 los considera en este sentido de primer nivel por su relevancia: “Especialmente importantes son las nuevas normas relativas a la solicitud de concurso con presentación de

condiciones excesivas de los licenciatarios. Por el contrario, la teoría del *hold-out* permite a los ejecutores o implementadores retrasar la conclusión de una licencia durante el mayor tiempo posible para presionar a los titulares de las SEP para que acepten condiciones por debajo de una rentabilidad justa o razonable.

oferta de adquisición de una o varias unidades productivas. El deudor, junto con la solicitud de concurso, puede presentar una propuesta escrita vinculante de acreedor o de tercero para la adquisición de una o varias unidades productivas. De este modo, la ley da carta de naturaleza a instrumentos técnicos arraigados en otras experiencias jurídicas, como es el *pre-pack administration*”.

Para ello, el artículo 224 bis (solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de unidad productiva) y los artículos 224 ter a quarter (nombramiento de experto para ofertas) del Texto Refundido de la Ley Concursal, establecen un sistema que pretende una solución a la insolvencia con carácter previo, sin pérdida de la empresa y con continuidad de la misma.

Este régimen se regula en el Libro I para la insolvencia (general y especial en la terminología que manejamos), pero también es aplicable (artículo 710.2) a las microempresas junto a un régimen particularizado de las mismas¹³. Lo que debemos comprobar es si este régimen particularizado de las pequeñas empresas debería haberse aplicado también a empresas medianas y a nuestro objetivo “x”.

El régimen particularizado de microempresas recoge varias reglas que debemos tener en cuenta. Otro sistema es el previsto en el régimen ordinario al que hemos hecho referencia. Por lo tanto, tenemos dos sistemas, lo que evidencia desde ya que siempre será mejor que uno solo para poder adaptarse a las peculiaridades de la empresa. Pero, además, como hemos visto, la venta puede producirse en cualquier momento en plataforma incluso aunque no estuviera previsto, por lo que también esto completa un régimen que es más adaptable que el inicialmente previsto para los otros grupos.

Si analizamos las peculiaridades podemos ver que la transmisión de la empresa o de sus unidades productivas se llevará a cabo con sujeción a las reglas del Libro Primero del

¹³ Junto a ello hemos de tener en cuenta el régimen de venta de unidades productivas en plataforma digital conforme a la Disposición Adicional Segunda de la Ley 16/2022.

Texto Refundido de la Ley Concursal, con las siguientes especialidades:

1.^a La transmisión se llevará a cabo por venta directa. En el artículo 216, para el régimen ordinario, se recoge que, en cualquier estado del concurso, o cuando la subasta quede desierta, el juez, mediante auto, podrá autorizar la enajenación directa del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas o la enajenación a través de persona o de entidad especializada, pero la venta se realiza en subasta electrónica como régimen general y salvo autorización judicial de otro sistema (artículo 215). De no ser posible la venta directa, la transmisión se realizará por subasta en supuesto de microempresas.

2.^a Se hará en favor del tercero que ofrezca como mínimo un quince por ciento más del valor acordado y mantenga el resto de las condiciones. Esto hace que la venta sea más rápida. En el artículo 219 del Texto Refundido de la Ley Concursal, para el régimen ordinario, se recoge que, “En caso de subasta, el juez, mediante auto, podrá acordar la adjudicación al oferente cuya oferta no difiera en más del quince por ciento de la oferta superior cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa en su conjunto o, en su caso, de la unidad productiva y de los puestos de trabajo, así como la mejor y más rápida satisfacción de los créditos de los acreedores”.

3.^a La venta directa se llevará a cabo de acuerdo con los principios de concurrencia y transparencia. A tal fin, las condiciones generales y el precio fijado de acuerdo con la valoración se notificarán a los acreedores y se publicarán en el Registro público concursal.

4.^a El precio de adjudicación de la subasta no podrá, en ningún caso, ser inferior a la suma del valor de los bienes y derechos del deudor incluidos en el inventario.

5.^a Cuando se reciba más de una oferta cuyos contenidos difieran, objetivamente, en el modo en que se garantiza la continuidad de la empresa o del establecimiento mercantil, el mantenimiento de los puestos de trabajo o la satisfacción de los créditos, el deudor o la

administración concursal, oídos los representantes de los trabajadores, presentarán un informe al juez, con propuesta de resolución, para que este resuelva de acuerdo con el artículo que regula la regla de la preferencia establecida en el Libro Primero que hemos visto.

6.^a Conforme a la Disposición Adicional Segunda de la Ley 16/2022, además el deudor o la administración concursal podrán incluir la empresa o sus unidades productivas en la plataforma a efectos de su exposición al mercado. La inclusión en la plataforma será requisito para la posterior presentación de ofertas de adquisición por persona especialmente relacionada con el deudor. Si surgiera la posibilidad de transmisión de la empresa o de sus unidades productivas en un momento posterior a la elaboración del plan de liquidación en microempresas, se realizará una valoración por el administrador concursal, si ha sido nombrado uno. En caso contrario, se deberá solicitar el nombramiento de un experto para la valoración. La valoración sobrevenida de la empresa o de sus unidades productivas se notificará de manera específica al deudor y a los acreedores, que podrán hacer sus alegaciones durante cinco días hábiles. Transcurrido este plazo, el deudor, el administrador concursal o, en su caso, el experto, confirmará la valoración inicial o la modificarán en función de la información recibida. Los interesados en la adquisición de la empresa comunicarán una expresión de interés no vinculante a través de la plataforma, que trasladará la misma al deudor o a la administración concursal inmediatamente. Una vez notificada la expresión de interés en la empresa o en el o los establecimientos mercantiles, la adquisición deberá tramitarse de acuerdo con el sistema de enajenación previsto en el artículo 710.

Parece, por tanto, que en principio el régimen más rápido de venta directa posible puede ser autorizado igualmente por el juzgador, pero que el hecho de establecerlo como sistema inicial, poderlo ofertar en una plataforma pública y plantearlo conforme a las particularidades del artículo 710 mejora el régimen a las microempresas respecto del ordinario y, por ello, nuestro grupo de empresas “x” quedaría desfavorecido.

4.4. La necesaria intervención de los socios

El artículo 12 de la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia se refiere a “impedir u obstaculizar injustificadamente” cuando habla de los socios de las sociedades (tenedores de participaciones en la traducción dada) y su participación en los planes de reestructuración.

Para ello recoge (artículo 12.3) que cada Estado podrá adaptar el alcance que ha de tener ese “impedir u obstaculizar injustificadamente”. Lo que se pretende es evitar que los socios, en determinados supuestos y en general, impidan u obstaculicen injustificadamente que los planes puedan salir adelante tanto en su adopción y su confirmación como en su ejecución.

Pero también se quiere que dichos Estados puedan regular un determinado alcance de impedir u obstaculizar injustificadamente teniendo en cuenta si el deudor es o no una PYME o una gran empresa, si las medidas propuestas afectan a los derechos de esos socios, el tipo de socios y su afectación, o su responsabilidad limitada o ilimitada.

En su adaptación a nuestro derecho el legislador español no ha tomado en consideración todos estos elementos sino esencialmente la calificación de microempresa y pequeña empresa, la afectación a la participación societaria de los socios (modificaciones estructurales, derechos políticos, patrimoniales, etc., afectados de estos) y la responsabilidad ilimitada de los mismos que excluirían cualquiera de las medidas adoptadas.

Nuevamente al considerar su aplicación, la afectación de las empresas medianas se ha incluido con el grupo de las grandes y, de esta forma, la posibilidad de imponer un acuerdo a los socios se equipara tanto en el grupo de gran empresa como en el grupo “x” que estamos analizando¹⁴.

¹⁴ Conforme al artículo 640.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal, “Si el deudor fuera una persona jurídica, la homologación del plan de reestructuración requerirá que haya sido aprobado por los socios legalmente

Cuando el legislador europeo recoge dichas referencias delimitativas y particularizadas para la distinción de pequeñas y grandes empresas en este apartado, no lo hace por capricho sino por algo que afirmará en la exposición de motivos y que es trascendente para evaluar si nos encontramos ante algo mejor o peor para el grupo que estamos analizando y que es lo siguiente: “Los tenedores de participaciones de PYMES que no sean meros inversores, sino que sean los propietarios de la empresa y contribuyan a la empresa de otras maneras, por ejemplo, mediante competencias de gestión, podrían no tener incentivos para reestructurar en tales condiciones. Por esta razón, la reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías debe seguir siendo optativa para los deudores que sean PYMES”.

Desde ahí, por tanto, que el régimen de inclusión en el apartado forzoso de esa reestructuración sería un elemento perjudicial para el grupo de medianas empresas objetivo del presente análisis.

4.5. Costes

Analizar los costes (económicos) del procedimiento puede resultar ciertamente complejo pues en realidad dependerá de cada supuesto y de cada tipo de empresa.

Como regla general podría decirse que una empresa más compleja llevará más costes que una más sencilla a la hora de abordar su situación de reestructuración, pero esto puede no ser así si la solución es rápida o certera, como por ejemplo la venta de la misma o de unidades productivas.

Como criterios de evaluación general podemos establecer algunos concretos que nos ayudarán a considerar si el grupo de grandes, medianas e incluso pequeñas empresas es más o menos costoso que el previsto para las microempresas, si tomamos en consideración la propia regulación.

responsables de las deudas sociales. En caso de que estos socios no existieran, y el plan contuviera medidas que requieran acuerdo de la junta de socios, el plan de reestructuración se podrá homologar aunque no haya sido aprobado por los socios si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente”.

Y desde ese momento y procedimiento evaluador ya podemos decir que la existencia de un sistema telemático de gestión y la evitación de costes de transacción¹⁵ en las operaciones para microempresas debería ser menos costoso¹⁶, aunque en realidad esto es comparándolo con el supuesto concursal del Libro I, pues el régimen del Libro II establece un procedimiento en donde esos costes serían asumidos por las partes o reestructurados en el plan.

Sin embargo la comparativa entre el coste que puede llevar un plan de reestructuración (experto en reestructuración incluido) y el que puede llevar el plan de continuación en microempresas, parece abocar a que este último sería menos costoso (o, al menos, eso se pretende).

A todo lo anterior se une el régimen de formularios previsto procesalmente. En los términos de la exposición de motivos de la Ley 16/2022, “Por otro lado, y con una finalidad facilitadora y de reducción de costes, la ley prevé la elaboración de unos modelos oficiales de planes de reestructuración que podrán ser utilizados preferentemente por las pequeñas y medianas empresas”. Además, en este caso, la ley exime de la intervención notarial para la formalización del plan y de la certificación del auditor.

4.6. Celeridad y nuevas tecnologías

Si es por rapidez, el que realmente gana es el supuesto de microempresas frente al de pequeñas, medianas y grandes empresas, en

¹⁵ R. Gibbons (2010), “Transaction cost economics: Past, present, and future?”, *Scandinavian Journal of Economics*, 112(2), pp. 263–288.

O.E. Williamson (1981), “The economics of organization: The transaction cost approach”, *The American Journal of Sociology*, 87 (3), pp. 548–577.

O.E. Williamson (2009), “Transaction cost economics: The natural progression”, *The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2009, Prize Lecture*, 8 December 2009 (http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson-lecture.html).

¹⁶ Uno de los elementos que habían sido importantes a la hora de evitar esos costes fue la desaparición de la necesidad de abogado y procurador en supuestos de microempresas, algo que finalmente fue modificado precisamente por las diferentes presiones de diversos colectivos.

donde no solo hay un periodo más largo de negociación por prórrogas, sino que partimos de un régimen que primero pretende la reestructuración y, en su defecto, iría al concurso de acreedores con una media de duración importante en España.

Si hablamos del nuevo procedimiento de microempresas, la reducción tanto en continuación como en liquidación de plazos y sistemas, e incluso el establecimiento de un límite temporal para ello, nos lleva a considerar este último como más rápido.

Sobre si eso es bueno o malo para unos u otros grupos habría mucho que decir, pero si el legislador ha considerado que el régimen es bueno para un subgrupo de empresas incluido en el grupo de PYMES y no para otros, no ha dado una explicación. En cualquier caso, el hecho de pertenecer a este grupo ya de por sí genera un cierto rechazo al considerar que pertenecer al grupo de las grandes empresas era mejor para el subgrupo “x” si al mismo tiempo es peor para el resto.

Sobre todo teniendo en cuenta la afirmación del apartado 7, *in fine*, de la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia, que engloba a los tres supuestos: “En particular, las microempresas y las pequeñas y medianas empresas [...] no disponen, por lo general, de los recursos necesarios para evaluar los riesgos relacionados con las actividades transfronterizas”.

Por lo tanto, podríamos decir que esa pertenencia del subgrupo “x” al grupo de grandes empresas es negativa para aquel.

A ello podemos unir el supuesto de homologación tácita que, por sistemática, desarrollamos en el siguiente apartado y que hará que el procedimiento sea más rápido y eficaz.

4.7. Homologación tácita

El procedimiento de homologación o autorización judicial del plan de reestructuración (artículo 615 del Texto refundido de la Ley Concursal) sigue el curso de la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia para incluir en estas posibilidades

tres supuestos en donde se pretende que el plan afecte no solo a los que lo han aprobado sino a terceros, o bien proteja determinados actos o negocios, en concreto:

- 1.º Acreedores o clases de acreedores titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan.
- 2.º Los socios de la persona jurídica cuando no hayan aprobado el plan y que sabemos es solo para grandes y medianas empresas.
- 3.º. Con independencia de que se prevea o no una extensión de los efectos del plan de reestructuración, también se someterán a este régimen los planes de reestructuración cuando los interesados pretendan proteger la financiación interina y la nueva financiación que prevea el plan, y los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de este frente al régimen general de las acciones rescisorias, y reconocer a esa financiación las preferencias de cobro previstas en el Libro Primero del Texto Refundido.

Lo anterior se aplica también en el régimen de microempresas en cuanto a la posibilidad de homologación, si bien con una característica esencial (artículo 698 bis), que es la posibilidad de rápida homologación tácita.

Una vez aprobado el plan por los acreedores, el deudor o los acreedores titulares de créditos afectados por el plan podrán solicitar que el juez se pronuncie sobre la homologación del plan dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la certificación del resultado favorable a la aprobación en el procedimiento escrito.

Si, trascurrido el plazo, ni el deudor ni ningún acreedor solicitare un pronunciamiento judicial expreso sobre la homologación, el plan se considerará tácitamente homologado.

En caso de considerarlo necesario, el deudor o cualquier interesado podrán obtener una declaración de homologación tácita del

plan de continuación del juzgado competente¹⁷.

4.8. Prioridad relativa

Nos dice la exposición de motivos de la Ley 16/2022 que “cuando el plan no haya sido aprobado por todas las clases de créditos o por los socios, la ley exige que se haya respetado la llamada ‘regla de prioridad absoluta’¹⁸, que tiene un doble contenido, expresado en el principio ‘nadie puede cobrar más de lo que se le debe, ni menos de lo que merece’. La opción por la regla de prioridad absoluta, que es una de las opciones que ofrece la Directiva, se justifica por dos motivos. Por un lado, resulta más justa, ya que respeta los rangos crediticios negociados *ex ante* por los acreedores¹⁹. Y, por otro lado, ofrece un marco más sencillo para la negociación entre las distintas clases y para la posterior homologación judicial del plan. No obstante, y como consecuencia de ese principio de flexibilidad que informa toda la ley, se permite que, en casos excepcionales, el plan se aparte de la regla de prioridad absoluta y deje algo de valor a una o varias clases de créditos de rango inferior, o a los socios, si ello es manifiestamente necesario para garantizar la viabilidad de la empresa y no perjudica injustificadamente los derechos de las clases de acreedores afectados que hayan votado en contra del plan”.

Sin embargo, para pequeñas empresas (artículos 582 a 584 del Texto Refundido de la Ley Concursal se) matiza este supuesto: “Además, y con el fin de dar una mayor consistencia al sistema, en este ámbito especial excluye el juego de la regla de prioridad absoluta, y opta por permitir la homologación de planes que respeten una prioridad relativa. Es suficiente con que la clase o clases de acreedores disidentes reciba un trato más

¹⁷ La homologación tácita no será posible cuando la aprobación del plan se haya conseguido con una mayoría del pasivo cuyo voto se ha considerado positivo por ausencia de voto. Esta homologación expresa será obligatoria cuando se incluyan créditos de los acreedores públicos en el plan.

¹⁸ Artículo 655.2.4º.

¹⁹ En realidad, no se trata de rangos negociados sino de privilegios, en su caso, por garantías y conforme a la estructura legal. No obstante, es cierto que en los acuerdos sindicados se respetará dicha regla igualmente.

favorable que cualquier clase de rango inferior, aunque acreedores de menor rango o los socios vayan a recibir cualquier pago o conservar cualquier derecho, acción o participación en la sociedad deudora pese a que aquella o aquellas vayan a recibir derechos, acciones o participaciones con un valor inferior al importe de sus créditos”.

El artículo 684.4 del Texto Refundido recoge que “Aunque no haya sido aprobado por todas las clases de acreedores, el plan de reestructuración podrá ser homologado si la clase o clases de acreedores que no lo hayan aprobado reciben un trato más favorable que cualquier otra clase de rango inferior”.

Considerando lo anterior, en el régimen de microempresas la posibilidad no delimitada inicialmente de impugnación prevista en el artículo 698 ter del Texto Refundido nos llevaría a entender que son las causas previstas para la aprobación las que pueden ser discutidas, es decir, los requisitos que el plan de continuación debe cumplir.

Entre ellos, el artículo 698.5 recoge el siguiente: “El plan deberá incluir un tratamiento paritario de los créditos en condiciones homogéneas, y ningún crédito mantendrá o recibirá, de conformidad con el plan, pagos, derechos, acciones o participaciones, con un valor superior al importe de sus créditos”.

Se trata, por lo tanto, del primero de los sentidos que se le da por el legislador a la regla de la prioridad absoluta, quedando fuera la segunda mención sobre “menos de lo que se merece”, por lo que, a estos efectos, podríamos considerar que ese tratamiento paritario tiene el límite de no recibir más de lo que corresponde al importe de sus créditos en las clases pero no otro límite.

No obstante, parece que considerar que es posible un reparto mayor entre clases inferiores cuando en clases superiores se distribuye menos, resultaría del todo injustificado, algo que sí creemos que cabe en la regla pero que va más allá de la prioridad relativa de la que hablábamos. El artículo 698 bis. 6. 5º del Texto Refundido de la Ley Concursal nos lo aclara, como requisito: “Que,

en el caso de que el plan no haya sido aprobado por una clase de acreedores, el plan sea justo y equitativo. Como regla general se entenderá que el plan es justo y equitativo cuando la clase de acreedores que haya votado en contra reciba un trato más favorable que cualquier clase de rango inferior, el plan sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente”.

Por lo tanto, a la prioridad relativa se le suma ahora el hecho de su oposición y la existencia de ciertas causas que la justifican como la imprescindibilidad del plan para la viabilidad de la empresa o el perjuicio justificado. Podemos decir que tanto el régimen de microempresas como el de pequeñas empresas es notoriamente más favorable a la aprobación del plan, mientras que el régimen de grandes empresas, donde se engloba el grupo “x” objeto de estudio, se somete a una regla de prioridad absoluta más radical y menos favorecedora del acuerdo.

4.9. Afectación de contratos

La posibilidad de un *pactum de non petendo*²⁰, de una regulación que establezca un *stand still*²¹ mientras se negocia, la de recoger un régimen que permita flexibilidad en los contratos básicos de provisión o el mantenimiento de las líneas de financiación, son trascendentales para el éxito de un acuerdo final.

Desde ahí, la línea de abordaje del legislador parte tanto de la afectación de los contratos como del favorecimiento de las líneas de financiación (interina y nueva

²⁰ Véase al respecto Florensa i Tomas, C. E., “El pactum de non petendo desde Roma hasta la codificación: su identificación y versatilidad en el ámbito remisivo”, *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, [Llamas Pombo (Coord.)], Madrid, 2006, pp. 683 y ss., p. 692.

²¹ Véase al respecto Gobierno del Reino Unido, “The public contracts regulations 2015 for utilities, the utilities contracts regulations 2016”. *Guidance on the standstill period*, 2016. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/560275/Guidance_on_Standstill_-_Oct_16.pdf]

financiación). Que ello sea así es bueno para un futuro pacto y la viabilidad de la empresa.

En el caso de las microempresas, el régimen parte de esta posibilidad en el artículo 694 bis del Texto Refundido, con reflejo posteriormente en el artículo 697 ter.1.5º.

En el primero se afirma que “En el procedimiento especial de continuación y en el procedimiento de liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento se aplicarán, con las especialidades establecidas en este libro, las reglas de la sección 1.ª del capítulo IV del título III del libro primero en relación con los efectos sobre los contratos pendientes de ejecución”.

Una de las matizaciones es el hecho de su ampliación también al régimen de liquidación con transmisión de empresa en funcionamiento como modalidad que en el régimen ordinario estaría situado en el marco de los artículos 224 ter y ss. del Texto Refundido.

Otro supuesto es el hecho de que esto será “en tanto exista la posibilidad de transmisión de la empresa en funcionamiento y no se haya producido un incumplimiento del contrato, posterior o anterior al inicio del procedimiento especial de liquidación”. La norma se remite al régimen de contratos en concurso y no en supuestos de planes de reestructuración, y en líneas generales puede considerarse adaptada al régimen de microempresas.

4.10 Exoneración del pasivo

No se discute el régimen de exoneración previsto en el Libro I del Texto Refundido de la Ley Concursal y su aplicación a supuestos de empresas grandes, medianas y pequeñas. Sobre si es suficiente o no debemos estar a la voluntad del legislador.

Lo que analizamos es si su adaptación al régimen de microempresas e incluso el hecho de que las medianas y pequeñas hayan quedado recogidas dentro del mismo grupo de las grandes empresas, es suficiente y eficiente, es decir, que sea útil al sistema de PYMES.

En principio, no podemos afirmar que el régimen de microempresas sea suficiente, pues, en realidad, parte de una remisión

genérica al Libro I, pero distingue una posibilidad de continuación empresarial en donde no se prevé la exoneración con plan de pagos (sí en el supuesto general ordinario) y una liquidación que finalmente se sujeta al mismo régimen.

Por lo tanto, podemos considerar que teóricamente el más adecuado es el grupo en donde se han englobado las empresas medianas que son objeto de este trabajo, más que si se hubieran recogido en otro diferente, aunque evidentemente no se han adaptado a sus peculiaridades ni en uno ni en otro caso.

4.11. Participación de expertos

Ya hemos visto como el régimen de participación de expertos en reestructuración es un instrumento no siempre obligatorio.

En líneas generales podemos decir que el régimen se adapta a un formato diferente según hablemos de grandes y de pequeñas empresas, pero finalmente se opta por establecer el mismo sistema de las primeras al grupo “x” objeto de este trabajo.

Hablamos en realidad de empresas más grandes y complejas, por lo que el apoyo puede ser más necesario que en las pequeñas o microempresas. La exposición de motivos de la Ley 16/2022 lo justifica diciendo que “El nombramiento de un experto en los supuestos de insolvencia de las microempresas debe ser opcional, no una necesidad como ocurre en el concurso de acreedores”.

Quizás también el régimen debería haberse particularizado en las pequeñas empresas que no han sido consideradas como grupo particular. Por lo tanto, podemos decir que es útil el hecho de que allí se recojan esas particularidades, aunque en todos los supuestos se encuentre dicha institución.

4.12. No desposesión del deudor en fase de concurso o procedimiento especial

Aunque con las herramientas de negociación podríamos decir que todos los sistemas son similares por la no desposesión, en la comparativa de insolvencia entre las grandes, medianas y pequeñas, por un lado, y las microempresas, por otro, estas últimas

resultan ganando si consideramos la no desposesión o el criterio de la desposesión solo en circunstancias excepcionales, mientras que el concurso de acreedores de aquellas nos llevará al Libro I y por tanto al nombramiento necesario de administrador concursal (no como en el régimen de las microempresas).

La adaptación al artículo 5 de la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia por parte de nuestra normativa es muy interesante en este apartado, pues parte de que sea el deudor, quizás por la menor complejidad, quien dirija todo el proceso como regla general.

La exposición de motivos de la norma nacional (Ley 16/2022) se refiere a ello conforme a lo siguiente: “En tercer lugar, otra opción o módulo consiste en la solicitud de que el deudor se vea sometido a limitaciones en sus facultades de administrar y disponer sobre la masa activa ulteriores a las previstas con carácter general en el título I. Esta última opción o módulo se limita, sin embargo, a los deudores en situación de insolvencia actual, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Directiva, que establece la regla general del deudor no desapoderado”.

Si esa interpretación del citado precepto es válida para microempresas, no se entiende que no lo sea para el conjunto de las PYMES y lo único que la justifica es el nuevo sistema aplicado a aquellas y no a estas.

5. Conclusiones

Todo lo expuesto nos permite alcanzar las siguientes conclusiones:

1ª. La incorporación de una parte de las denominadas pequeñas y medianas empresas al régimen común de la regulación de insolvencia de las grandes empresas no las beneficia, en general, sino que perjudica la posibilidad de su reestructuración.

La norma ha tomado un concepto de pequeña y mediana empresa que excluye de ese grupo a las medianas y matiza, pero escasamente, la regulación de las pequeñas. Por el contrario, trabaja con el concepto de microempresa, reduciendo a esta la práctica totalidad de las

posibilidades abiertas para las PYMES en conjunto. Es decir, que solo particularizan las microempresas y no otros tipos de PYMES.

2ª. Por tanto, la normativa derivada de la Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia, respecto de las pequeñas y medianas empresas y la necesidad de particularizar sus casos en el régimen de los diversos Estados, no se cumple en la regulación actual de las medianas empresas tal y como ha sido desarrollado en la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma concursal.

3ª. La regulación actual de la insolvencia de las medianas empresas no recoge, respecto de las PYMES, todas las herramientas e instrumentos de los que se puede dotar una regulación desde la permisibilidad que admite la Directiva de Reestructuración e Insolvencia.

Entre estos instrumentos destaca particularmente la posibilidad de participación de los socios. Aunque la Directiva recoge que la reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías debe seguir siendo optativa para los deudores que sean PYMES, también pondera esto con supuestos, como que para ello se debería posibilitar que los tenedores de participaciones en PYMES presten asistencia no monetaria a la reestructuración, sirviéndose, por ejemplo, de su experiencia, su reputación o sus contactos comerciales, algo que ni se ha considerado.

La idea final podría ser la de construir un sistema nuevo en donde pudiéramos comparar el régimen actual regulatorio del denominado grupo “x” en comparación con aquel que tendría si le aplicáramos el régimen del grupo de pequeñas empresas o de microempresas. O quizás también hacer un mixto en donde aplicáramos a dicho grupo “x” la normativa adaptada conforme a los criterios de utilidad y eficacia que hemos definido.

Determinado que el régimen es el que es para cada uno de los subgrupos, este último análisis conllevaría -en esa tipología de empresas- un régimen, al menos en teoría, más rápido, menos costoso, con más posibilidad de soluciones o acuerdos de reestructuración, sin desposesión en general y para todos los supuestos, cubriendo carencias como la homologación tácita, la prioridad relativa o la utilización de las nuevas tecnologías.

Referencias bibliográficas

Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una estrategia para las PYMES en pro de una Europa sostenible y digital”, COM/2020/103 final, 10 de marzo de 2020.

Edwards, J., & Ogilvie, S. (2012): “What Lessons for Economic Development Can We Draw from the Champagne Fair?”, *Explorations in Economic History*, Volume 49, Issue 2, April, págs. 131-148.

Eurostat (<https://ec.europa.eu/eurostat>).

Florensa i Tomas, C. E. (2006): “El pactum de non petendo desde Roma hasta la codificación: su identificación y versatilidad en el ámbito remisivo”, *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, [Llamas Pombo (Coord.)], Madrid, pp. 683 y ss., p. 692.

Gibbons, R. (2010): “Transaction cost economics: Past, present, and future?”, *Scandinavian Journal of Economics*, 112(2), pp. 263–288.

Gobierno del Reino Unido, “The public contracts regulations 2015 for utilities, the utilities contracts regulations 2016”. *Guidance on the standstill period*, 2016

Williamson, O.E. (1981): “The economics of organization: The transaction cost approach”, *The American Journal of Sociology*, 87 (3), pp. 548–577.

Williamson, O.E (2009): “Transaction cost economics: The natural progression”, *The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2009, Prize Lecture*, 8 December 2009 (http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson-lecture.html).

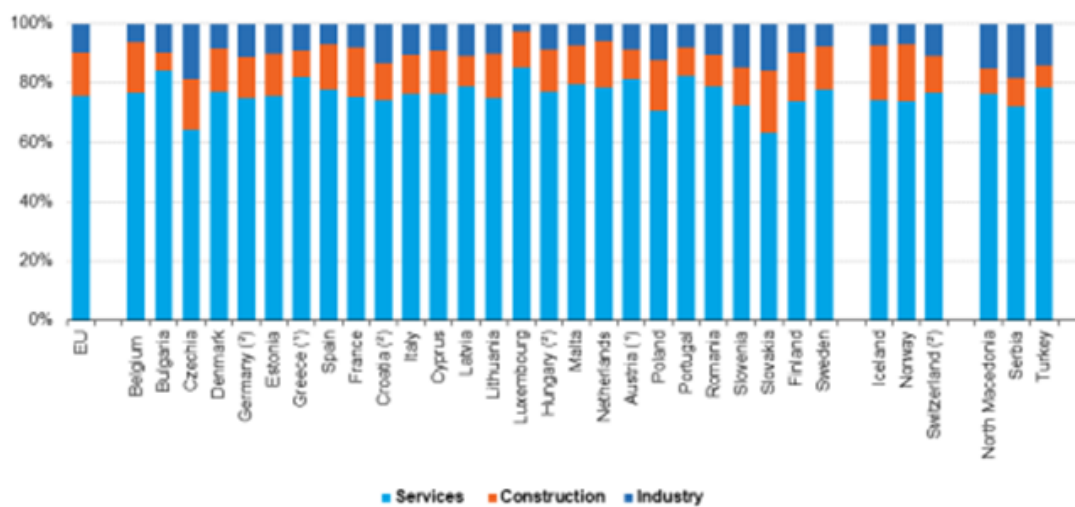
Cuadro 1: Grupos de empresas en la normativa de insolvencia española.

Tipo	Ámbito subjetivo	Regulación
Microempresa	<p>El procedimiento especial para microempresas será aplicable a los deudores que sean personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan las siguientes características:</p> <p>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.</p> <p>2.ª 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.</p> <p>Si la entidad formase parte de un grupo, los criterios fijados en el apartado anterior se computarán en base consolidada.</p>	Art. 685 del Texto Refundido de la Ley Concursal
Pequeña empresa	<p>1. Las reglas especiales establecidas serán de aplicación 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 o se presente la solicitud de homologación, reúnan las circunstancias siguientes:</p> <p>1.ª Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior no sea superior a cuarenta y nueve personas.</p> <p>2.ª Que el volumen de negocios anual o balance general anual no supere los diez millones de euros.</p> <p>2. No serán aplicables las especialidades previstas en este título cuando la sociedad pertenezca a un grupo obligado a consolidar.</p> <p>3. Tampoco serán aplicables cuando el deudor tenga la condición de microempresa y deba quedar sujeto al procedimiento especial del libro tercero.</p>	Arts. 682 a 684 del Texto Refundido de la Ley Concursal (Libros I y II)
Resto	<p>Incluiría las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Medianas empresas: 50 a 249 empleados. - Pequeñas y medianas empresas: 1 a 249 empleados. - Grandes empresas: 250 o más empleados. 	Libros I y II del Texto Refundido de la Ley Concursal (Libros I y II)

Fuente: Elaboración propia.

Figura 1: Empresas activas por sector/país en 2019.

Structure of active enterprises by sector, business economy, 2019 (%)



(*) provisional
 (*) break in time series

Data not available: Ireland
 Source: Eurostat (online data code: bd_9bd_sz_cl_r2)



Fuente: Comisión Europea.

Cuadro 2: Total de Empresas en Europa –países UE y no-UE– (2019).

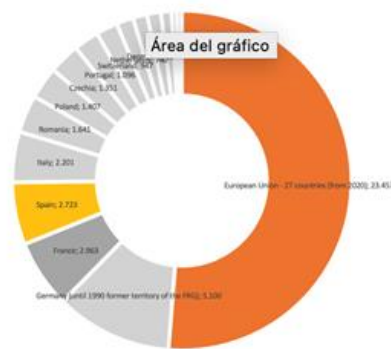
	2019					
	Total	De 0 a 9 personas empleadas	De 10 a 19 personas empleadas	De 20 a 49 personas empleadas	De 50 a 249 personas empleadas	250 personas empleadas o más
Unión Europea de 27 Estados Miembros (total)	23.168.929	21.553.171	893.070	468.515	211.000 e	43.500 e
Bélgica	673.629	641.889	16.390	9.929	4.409	1.012
Bulgaria	348.667	320.059	14.651	8.896	4.365	696
Chequia	1.058.776	1.017.047	19.822	13.187	7.057	1.663
Dinamarca	228.443	202.811	12.604	8.348	3.967	713
Alemania	2.592.680	2.158.870	243.192	122.632	56.166	11.822
Estonia	82.263	75.283	3.622	2.146	1.049	163
Irlanda	265.963	243.302	11.389	7.126	3.480	666
Grecia	717.680	677.620	23.900	11.787	3.847	526
España	2.692.956	2.536.722	88.519	47.259	16.791	3.665
Francia	2.968.182	2.810.008	87.495	45.332	20.581	4.766
Croacia	182.394 b	167.960 b	8.080 b	4.055 b	1.894 b	405 b
Italia	3.616.916	3.414.226	127.154	50.956	20.939	3.641
Chipre	57.848	53.326	2.561	1.309	: c	: c
Letonia	111.646	102.050	4.905	3.028	1.451	212
Lituania	219.906	205.806	7.064	4.422	2.238	376
Luxemburgo	35.295	30.781	2.251	1.360	730	173
Hungría	647.091	613.012	18.828	9.715	4.575	961
Malta	31.863	29.274	1.334	787	397	71
Países Bajos	1.294.642	1.240.419	26.547	16.667	9.207	1.802
Austria	331.145	288.827	23.395	12.361	5.354	1.208
Polonia	2.022.248	1.918.147	54.150	31.700	14.961	3.290
Portugal	930.303	885.130	24.816	13.360	6.011	986
Rumanía	516.703	462.870	27.529	16.878	7.774	1.652
Eslovenia	149.024	140.593	4.525	2.385	1.279	242

Eslovaquia	512.082	497.812	6.864	4.307	2.505	594
Finlandia	232.791	211.207	11.141	6.583	3.210	650
Suecia	647.793	608.120	20.342	12.000	5.914	1.417
Islandia	24.090	:	748	554	256	56
Noruega	300.283	273.587	14.844	7.910	3.306	636
Suiza	142.016	:	25.713	14.184	6.644	1.203
Reino Unido	0	:	0	0	0	0
Macedonia del Norte	58.765	53.163	2.919	1.730	801	152
Serbia	88.224	74.027	6.990	: c	: c	569
Bosnia-Herzegovina	67.981	60.373	3.721	: c	1.281	258

Leyenda: (:) No disponible. (b) Ruptura en la serie temporal. (c) Confidencial. (e) Estimado. (u) Baja confianza. (bc) Ruptura en la serie temporal, confidencial. (d) La definición difiere. (p) Provisional.

Fuente: Eurostat²².

Gráfico 1: Empresas de la UE que, siendo PYMES, se encuentran el ranking de 49 a 250 que en la normativa de insolvencia se tratan de igual forma que en los supuestos de empresas grandes.



Fuente: Eurostat y elaboración propia.

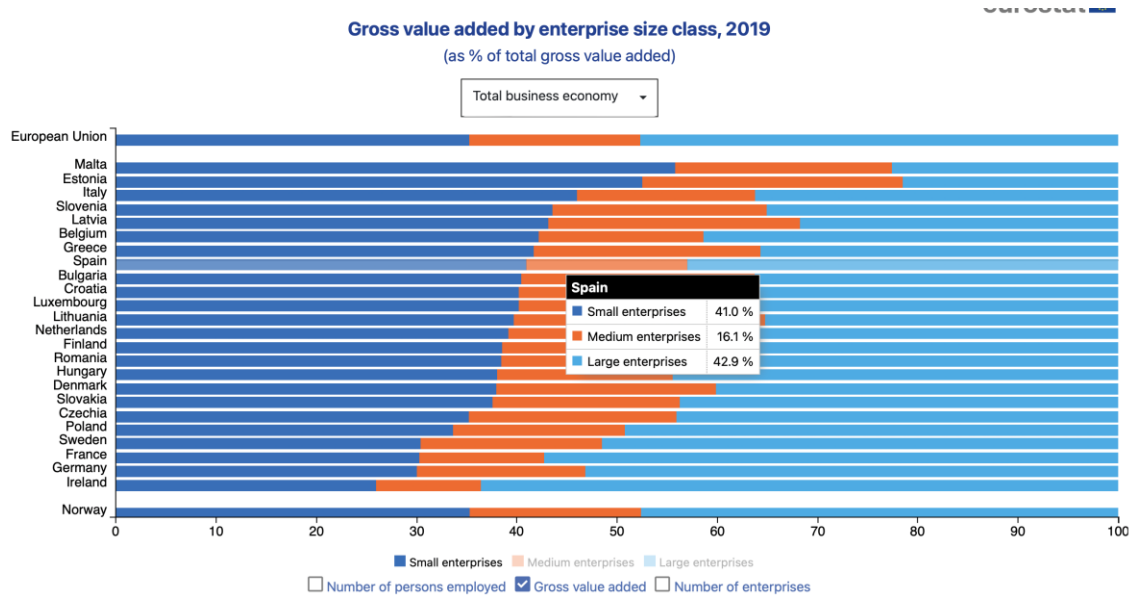
²² Para más detalle véase el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/SBS_SC_SCA_R2_custom_3387065/default/table?lang=en

Cuadro 3: Distribución por número de empleados en la UE (2019).

Tramos por personas empleadas	Número de personas empleadas
De 0 a 9 personas empleadas	2.536.722
De 10 a 19 personas empleadas	88.519
De 20 a 49 personas empleadas	47.259
De 50 a 249 personas empleadas	16.791
250 personas empleadas o más	3.665
Total	2.692.956

Fuente: Eurostat.

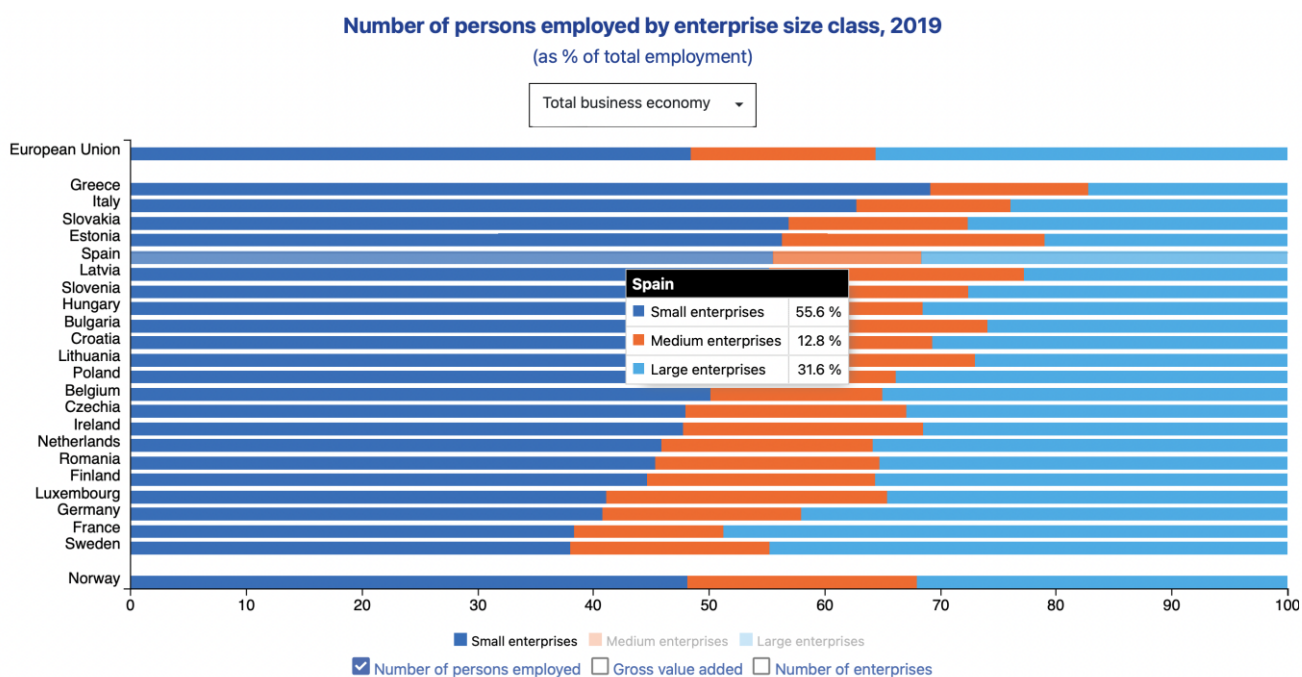
Figura 2: Contribución por tamaño de empresa al PIB de la UE y al de los Estados Miembros (2019).



Fuente: Eurostat²³.

²³ Para más detalle véase el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/eurostat/cache/infographs/sbs_2022/

Figura 3: Número de personas empleadas por tamaño de empresa en la UE y en los Estados Miembros (2019).



Fuente: Eurostat.

Cuadro 4: Elementos que diferencian la regulación de unos y otros grupos de empresas a la hora de afrontar la insolvencia según la legislación española.

	Regulación ordinaria: a	Regulación ordinaria modificada α	Regulación para microempresas: b
Posibilidad de negociación previa al concurso	1-u	1-u	1-u
Prepack (art. 224 ter a quarter Texto Refundido Ley Concursal)	1-u	1	1
Posibilidad de Prórroga	1	1-u	0
Obligación de continuar la negociación, aunque el deudor solicite el concurso	1-u	0-u	0-u
Obligatorio voto a favor socios	1-u	0-u	0-u
Menos Costes	0	0	1-u
Celeridad	0	0	1-u
Homologación tácita	0	0	1-u
Prioridad relativa	0	0	1-u
Afectación de contratos	1-u	1	1
Exoneración del pasivo con Plan de Pagos	1-u	1	0-u
Venta de unidad productiva	0-u	0	1-u
Participación de Experto	1-u	1	1-u
Utilización nuevas tecnologías	0	0	1-u
No desposesión del deudor en fase de concurso o procedimiento especial	0-u	0	1 (será excepcional)-u
Total	8-9u	6-4u	11-12u

- Siendo “a” la regulación contenida en el Libro I y Libro II del Texto Refundido de la Ley Concursal para empresas como régimen ordinario. Se excluirían las empresas que van desde 10 a 250 trabajadores que inicialmente se regularían por ese Libro cuando se trate de supuestos no contemplados en los siguientes Libros del Texto Refundido.
- Siendo “ α ” la regulación modificada de los arts. 582 a 584 para empresas del tamaño 10-49 y hasta 10 millones de volumen de negocio.
- Siendo “b” la regulación de microempresas del artículo 685, para empresas de hasta 9 trabajadores y hasta 2 millones de volumen de negocio.
- X = empresas entre 49 y 249.
- < = peor.
- > = mejor.

Fuente: Elaboración propia.