



# ENTREVISTA FERNANDO MARTÍNEZ SANZ

## CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL UNIVERSITAT JAUME I

Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares (1991) con la máxima calificación y Premio Extraordinario de Doctorado, Fernando Martínez Sanz compagina su labor profesional como letrado con su vocación académica. Desde 2001 es Catedrático de Derecho Mercantil en la Universitat Jaume I de Castellón. Ha sido Vocal de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación para la reforma del Código de Comercio en materia de contrato de transporte de mercancías. Es árbitro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Castellón y Valencia. Autor de varias monografías y publicaciones en materia de Derecho Mercantil, y muy en particular, en derecho concursal.



**1.- La Ley 16/22 de 5 de Septiembre de reforma del texto refundido de la Ley concursal para transposición de la directiva europea 2019/1023 ha cumplido ya un año y medio de vigencia. El nuevo texto ha previsto modificaciones importantes en nuestro sistema concursal. En términos generales ¿Qué podemos esperar de la nueva ley?**

He de reconocer que mi opinión inicial del anteproyecto de lo que sería la Ley 16/2022 fue extremadamente negativa, pues entendía que bastantes de los cambios estaban poco meditados y algunos eran claramente desacertados. Además, no se había tenido inicialmente en cuenta la opinión de los que estaban llamados a aplicar la norma, y varias de las opciones legislativas prescindían incluso de la intervención de los profesionales del Derecho. Por fortuna, ello pudo corregirse en parte en la fase de tramitación parlamentaria, de modo que el texto finalmente aprobado fue algo menos drástico. De hecho, la Ley 16/2022 está resultando ser un factor de dinamización importante de los concursos de acreedores (en ocasiones, hasta en exceso), aunque

consERVE partes concretas muy mejorables, como es el Libro tercero.

**2.- En general, las situaciones de insolvencia generan escasas expectativas de recuperación de créditos en los acreedores y, análogamente, de continuidad de la empresa en el deudor.**

**¿No cree que la visión de la insolvencia en nuestro país está excesivamente asociada a la idea de fraude y del fracaso, y que la estigmatización del concurso incide demasiado sobre acreedores y deudor?.**

Qué duda cabe que ello ha sido así tradicionalmente y, sobre todo, es una visión que se heredó y prolongó con la Ley Concursal de 2003. Muy probablemente algo tenga que ver también la preceptiva apertura de la sección de calificación en el seno del concurso, que se asocia a la idea de culpabilidad antes incluso del resultado de la sentencia.



Dicho esto, no es menos cierto que esta percepción o “estigma” está cambiando poco a poco, y la sociedad ya no ve con tanta reticencia la reestructuración de la deuda y, llegado el caso, la solicitud de concurso. Y es que, son múltiples las razones que pueden abocar a una empresa a situación concursal y la mayoría de ellas nada tiene que ver con la mala gestión o, menos aún, con la negligencia o el dolo del empresario. Entre dichas razones exógenas me atrevería a apuntar la escasa “cintura” que los acreedores públicos como la AEAT y la TGSS suelen mostrar en situaciones de *distress*.

**¿Hasta qué punto no debería el legislador establecer, en mayor medida, determinadas ayudas (económicas, fiscales, laborales, financieras o de cualquier otro ámbito) que permitieran la continuidad de mayor tejido empresarial? En tal sentido ¿Cómo podría incentivarse un mayor compromiso del sector financiero con las situaciones de insolvencia sobre todo en PYMES?**

Enlazando con el final de mi respuesta anterior, considero que se tendrían que repensar institutos como el recargo de apremio o los intereses de demora de los créditos públicos sobre los propios créditos contra la masa que se generan durante el concurso, cuando resultan impagados a su vencimiento. En tales situaciones, si dichos créditos no se pueden atender puntualmente, salvo casos muy excepcionales de mala praxis del administrador concursal, es por imposibilidad material de la masa. Por eso, incrementar la deuda con un recargo de apremio y los correspondientes intereses de demora sólo perjudica al resto de los acreedores.

Si esto que apunto podría tener sentido y no se aplica, pensar en subvenciones o ayudas para evitar la insolvencia se me antoja irrealizable. Aunque sí considero que, al menos, tendrían que implicarse las administraciones públicas en el caso de venta de unidades productivas dentro del concurso, procesos que lo que hacen fundamentalmente es salvar puestos de trabajo y conservar tejido productivo.



Al propio tiempo, ayudaría extraordinariamente relajar de alguna forma las severas limitaciones que a estas adquisiciones de unidades productivas existen desde el punto de vista de la sucesión de empresa, que ha llevado a que, a diferencia de otros países, como Holanda, el mercado de la compra de unidades productivas en España esté rodeado de muchos interrogantes, que generan enorme inseguridad jurídica a los inversores.

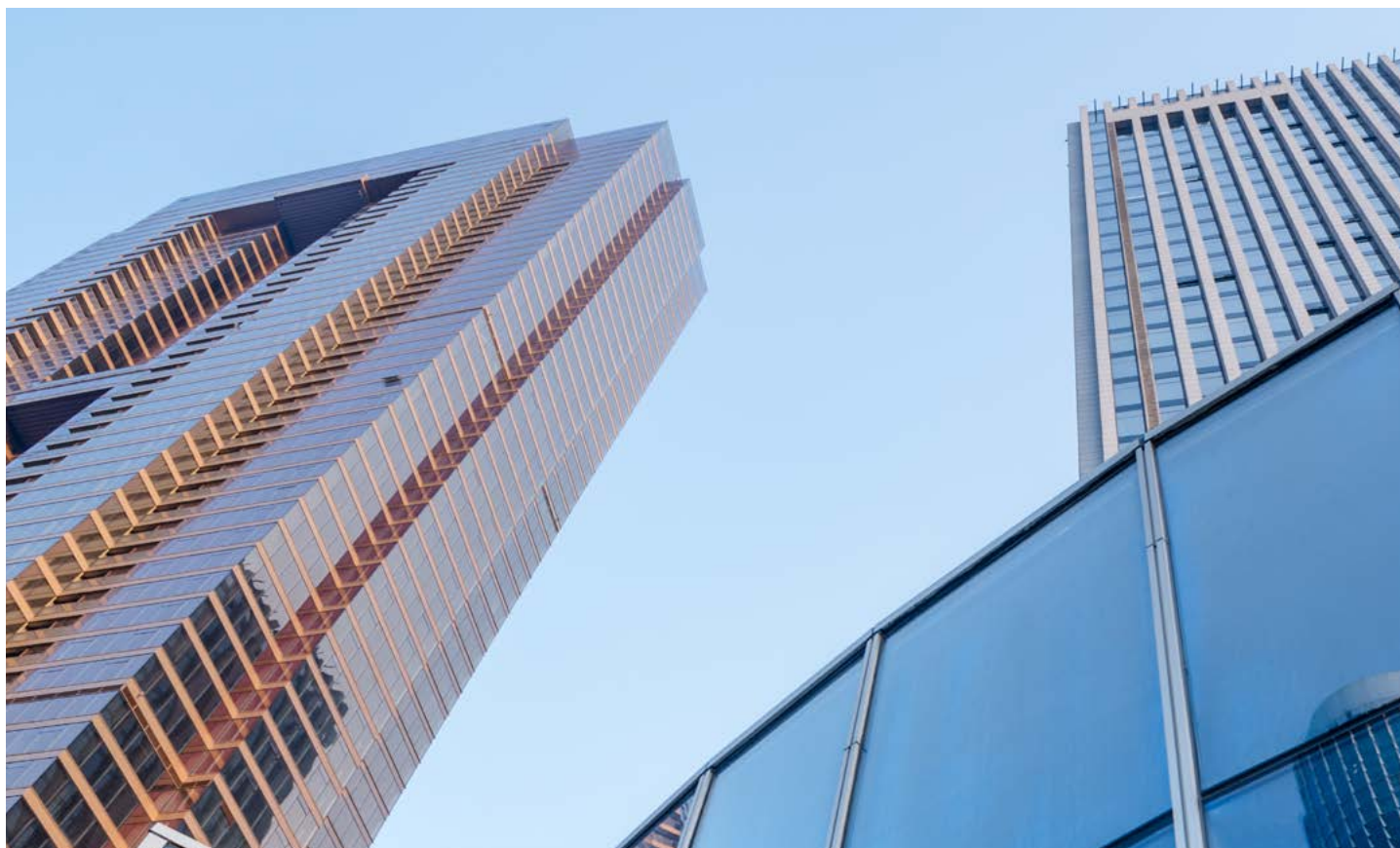
**En esencia, ¿no cree que el éxito -o alternativo fracaso- de la nueva norma dependerá también de la lucha contra la estigmatización que deriva de la situación de insolvencia, y de la concienciación del empresariado español en relación a los potentes instrumentos que concede la nueva norma?**

La mayoría de los juzgados de lo mercantil tienen muy clara la respuesta a esta pregunta, y son los primeros en apoyar hasta donde pueden a las empresas que, por ejemplo, plantean un “pre-pack”, una solicitud de concurso con oferta vinculante de compra de la unidad productiva, o un

convenio de acreedores. Son, en efecto, muchos los instrumentos que ofrece la Ley 16/2022, pero la clave es el factor tiempo y la anticipación; esas herramientas existen, pero es necesario no llegar al concurso tarde. El empresario ha de ser muy consciente de esto y, de hecho, es su deber solicitar el concurso tempestivamente y no agravar la insolvencia. Bien utilizado, el concurso es, en efecto, una herramienta muy potente.

**3.- Plan de reestructuración. Parece que las dudas iniciales sobre la nueva institución jurídica se van despejando poco a poco y que los planes de reestructuración se están imponiendo sobre los concursos (al menos cuantitativamente y con exclusión de los concursos de personas físicas). ¿Cuál su opinión al respecto?.**

Es normal que los planes de reestructuración planteasen inicialmente muchas dudas, pues era un terreno muy novedoso y generaba mucha incertidumbre dado que las categorías que se manejaban (formación de clases, regla de la prioridad absoluta, experto en reestructuración, etc.) eran en buena medida desconocidas.







Con todo y con eso, el balance de este primer año y medio es positivo y han sido muchos los planes que se han aprobado y homologado judicialmente, alguno de ellos muy sonado, como el de CELSA.

Es cierto también que otros han dado lugar a resultados no muy edificantes y, probablemente, la excesiva libertad en la formación de clases pueda seguir dando lugar a ciertos problemas o desajustes. Junto a ello, el hecho de que la sentencia que resuelva la impugnación al auto de homologación no sea susceptible de recurso hace necesario instrumentar alguna forma de unificación de criterios, para poder guiar a los profesionales y asesores.

En cuanto a que la reestructuración de la deuda se esté imponiendo al concurso, ojalá pudiéramos decir que es la tónica general, pues estaría poniendo de relieve que son empresas aún viables que pueden seguir subsistiendo. Como norma, la reestructuración está llamada a solucionar problemas en empresas que todavía pueden tener continuidad (de lo contrario no tiene sentido acudir a la reestructuración), en tanto que el concurso, aunque también pudiera contemplar ese tipo de situaciones (piénsese en un convenio), queda como “último recurso”, cuando la insolvencia es muy acusada e irreversible.

Pero, una vez más, la posibilidad de afectación del acreedor público en las reestructuraciones ha quedado tan limitada en el diseño legal que conlleva que algunas reestructuraciones no puedan salir adelante. En otras, la presencia de un elevado importe de deuda con avales ICO-COVID hace que la interlocución resulte complicada y que incluso algunas de esas potenciales empresas “reestructurables” decidan ir a un concurso y plantear en su lugar un convenio de acreedores, que sigue teniendo bastante “campo de juego”.

**¿Cree que con el tiempo se podrá llegar a la aplicación generalizada del plan de reestructuración a las PYMES?**

La práctica pone de manifiesto que, hasta el momento, la reestructuración se reserva para empresas de una cierta dimensión. Es verdad que se contempla en la Ley un régimen especial para empresas de menos de cincuenta trabajadores y volumen de nego-



cios de menos de 10 millones de euros, por lo que, en principio, la reestructuración de la deuda es una posibilidad abierta a todo tipo de deudores. Por ello, creo que será cuestión de tiempo que los planes de reestructuración se extiendan también a las PYMES, y la velocidad con que lo hagan dependerá de lo rápido que los asesores sean capaces de trasladar a sus clientes las ventajas de esta preconcursalidad.

### **¿No será necesaria también una cierta actuación divulgativa-formativa para el empresario español sobre el particular?**

Sin duda alguna y, de hecho es lo que trataba de poner de manifiesto en la respuesta anterior. Al ser los planes de reestructuración algo en buena medida novedoso, con algunos conceptos complejos y al exigir un “planteamiento mental” muy distinto, parece claro que será necesaria una labor “pedagógica” considerable, especialmente en el caso de PYMES que no cuentan por lo general con asesores tan sofisticados en esta materia. Es fundamental que los destinatarios últimos de la norma, los empresarios, puedan llegar a ser conscientes de las ventajas que ofrece la reestructuración y sean ayudados a extraer todas las potencialidades de la misma.

### **¿Cree que cumplirá el objetivo de que las empresas acudan a este sistema en un estadio más temprano en relación a su insolvencia?**

Hay que tener en cuenta que la reestructuración no es enteramente nueva, pues antes ya existía la refinanciación preconcursal de la deuda (financiera), aunque hemos de reconocer que no funcionó: la comunicación al juzgado del inicio de negociaciones con los acreedores (el famoso “5 bis”), en un número muy elevado de los casos, era un mero anuncio o “antesala” de la solicitud de concurso y se hacía con la única finalidad de ganar algo de tiempo, pero cuando la empresa ya estaba en insolvencia actual. Hoy, al menos se ha mejorado en eso, puesto que las comunicaciones de negociaciones que se han producido hasta la fecha han desembocado, en su inmensa mayoría, en planes de reestructuración que han sido, por lo general, aprobados y homologados. Lo importante a destacar es que han respondido a auténticas negociaciones con los acreedores, cuando no han

procedido dichos planes de reestructuración, directamente de los propios acreedores. Es decir, todo parece dar a entender que se ha podido anticipar el tratamiento del problema de la insolvencia a un estadio temprano de la misma, cuando ésta aún no es irreversible.

### **¿No opina que el empresario español no es tan previsor y posterga -o no asume anticipadamente- su situación de insolvencia? ¿Es posible que se revierta generalizadamente esta tendencia?**

La respuesta es claramente afirmativa. En efecto, suele decirse que en España se llega “tarde” al concurso. Son muchas las razones, pero muy probablemente la fundamental sea la propia dificultad que tiene el empresario de reconocer lo que para él no deja de ser un fracaso (volvemos a la idea del “estigma”).

Es muy importante tomar conciencia de que, a partir de un determinado momento, estando la empresa en la “vecindad de la insolvencia”, el administrador o gerente no tiene que actuar guiado tanto por el “interés social”, cuanto por el interés de los acreedores en que la deuda no se incremente. Por eso es fundamental tomar la decisión de reestructurar la deuda si aún está a tiempo, o solicitar el concurso, pero no limitarse a dilatar la situación. Creo que la Ley 16/2022 puede ayudar a revertir esta pauta de conducta en la dirección adecuada.

### **4.- Beneficio de Exoneración del pasivo insatisfecho. Subyace la idea general de que la nueva ley implementa requisitos más gravosos para el deudor, fundamentalmente, en relación a la regulación del crédito público. Se han llegado a plantear hasta 4 cuestiones prejudiciales sobre el particular ante el TJUE y 2 cuestiones de inconstitucionalidad. ¿Qué opinión le merece la exoneración parcial del crédito público? ¿Cree que es suficiente?**

Es bueno comenzar recordando que la directiva 2019/1023, de la que trae causa la Ley 16/2022, en principio solo se refiere en este concreto punto a deudores personas físicas empresarias, de modo que los consumidores quedarían fuera del ámbito de aplicación de la directiva. Ello implica que, por ejemplo, el legislador español podría haber optado por no exonerar nada de pa-



sivo en el caso de los deudores consumidores, y no por ello estaríamos ante una transposición no conforme con la directiva.

Lo que ocurre es que la propia directiva contemplaba la posibilidad de que los Estados miembros pudieran extender voluntariamente el ámbito de aplicación a los deudores no empresarios, como así ha hecho el legislador español.

A partir de esta premisa, es cierto que los deudores personas físicas que más pasivo acumulan con organismos públicos son los empresarios autónomos. Y claro, limitar en tales casos la exoneración de pasivo público a un máximo de 10.000 euros se me antoja insuficiente y, por tanto, no proporciona la “segunda oportunidad” a aquellos que realmente más podrían necesitarla. Por ello, y siempre que realmente estemos ante un deudor de buena fe (y quiero recalcar esto), la exoneración del crédito público tendría que ser total o, cuando menos, elevarse la cifra de forma muy notable. Pero es que, incluso el criterio finalmente escogido por la Ley 16/2022 (5.000 más 5.000 euros) resulta un tanto caprichoso y, puestos a establecer un tope, hubiera sido a mi juicio más adecuado optar por una exoneración de un determinado porcentaje del pasivo público.

Pero al margen de ello, el verdadero drama es el de las derivaciones de responsabilidad. Dada la extraordinaria facilidad con la que se deriva deuda pública a los administradores sociales por parte de la AEAT y la TGSS, resulta que muchas de esas personas, no sólo verán cómo ese pasivo no les resulta exonerado, sino que en bastantes casos no podrán ni siquiera acudir al mecanismo de la segunda oportunidad. Son esas personas (excluyendo, claro está, supuestos más graves) las que realmente van a ver dificultada la posibilidad de volver a emprender. A mi juicio, esto debería ser objeto de alguna reflexión y modificación legislativa.

**5.- Salvo Portugal, la mayoría de los países de nuestro entorno exoneran en mayor o menor medida el crédito público. ¿No cree que en España nos enfrentamos ante un problema de “deficit público” (y por tanto de índole económica), más que ante un problema jurídico de implementación de tal exoneración en nuestro ordenamiento? ¿Qué podemos esperar de las cuestiones prejudiciales planteadas?.**

Respecto de las cuestiones prejudiciales que se encuentran en tramitación, no me atrevo a pronunciarme. Es cierto que la directiva sí contempla la posibilidad de





excluir o dejar fuera de la exoneración “algunas categorías específicas de créditos”, aunque parece limitarlo a una serie tasada de casos, entre los que no se incluye el crédito público y, además, la justificación que brinda la ley española para dejar fuera el crédito público es muy pobre.

En cuanto a las verdaderas razones que subyacen a dicha exclusión, es innegable que asistimos a una exacerbación de los mecanismos de recaudación, muy probablemente acuciado por la propia necesidad de compensar el desmedido aumento del gasto público. Así las cosas, es lógico que el Estado no quiera renunciar a ninguna de las vías de allegar ingresos a las arcas públicas, por pequeñas que parezcan esas vías. De hecho, esta tendencia de reforzar el crédito público es muy visible en varios lugares de la Ley 16/2022.

**6.- Aun cuando la casuística puede resultar inabarcable, en términos generales los concursos de personas físicas no empresarios carecen de cierta complejidad, ante la inexistencia de pasivo laboral, escasa cuantía de su pasivo, poco activo realizable, etc.**

**¿No cree que hubiera sido más eficaz implantar determinado procedimiento especial-enmodoanálogoalprocedimiento especial para microempresas- para estos deudores que les permitiera obtener la exoneración de forma rápida sin necesidad de tramitar todo un concurso de acuerdo a lo establecido en el libro I?**

Es una de las grandes paradojas o incoherencias de la Ley 16/2022: haber pretendido facilitar el desarrollo de los procedimientos de insolvencia de las pequeñas empresas y, al mismo tiempo, inundar los juzgados mercantiles con concursos de deudores personas físicas, que en principio debieran ser más sencillos de tramitar, pero para los que no se contempla especialidad alguna, más allá de la de los concursos sin masa (que no es específica de las personas físicas). Con todo, no es menos cierto que los concursos de personas físicas esconden algunos problemas que probablemente haga aconsejable la intervención del juez.

**7.- Estamos asistiendo a un aluvión de concursos de personas físicas y la mayoría de los mismos son concursos sin masa,**

**tramitándose al amparo del artículo 37 ter TRLCon. No cree vd. que la regulación en cuestión es excesivamente permisiva y puede alimentar el fraude?. ¿Entiende que se requiere una modificación de la norma en este concreto sentido?**

Es una realidad constatable que los juzgados de lo mercantil están asistiendo a un verdadero aluvión de solicitudes de concurso de deudores sin masa activa, en un camino que les permite acceder de forma muy rápida a la exoneración del pasivo. La mayor parte de estas declaraciones son efectivamente de deudores que carecen de un patrimonio apreciable. El problema es que todo ocurre de manera tan rápida que es posible que, entre dichas solicitudes se cuelen algunas de deudores que se han “insolventado” voluntariamente, habiendo por ejemplo llevado a cabo donaciones en los meses anteriores al concurso, en la confianza de que la propia velocidad del procedimiento haga que su solicitud también acabe en una exoneración del pasivo. Los mecanismos de los que disponen los acreedores (solicitar y costear el nombramiento de un administrador concursal para fiscalizar la situación) suponen, no solo una evidente “privatización” de los costes asociados a un procedimiento universal como es el concurso, sino que tienen unos plazos tan perentorios que hacen muy posible que dichos acreedores no se lleguen a enterar. Para evitar suspicacias y cualquier atisbo de fraude, bastaría con exigir al deudor que acreditara ante el juzgado haber enviado a sus acreedores un correo electrónico comunicándoles la declaración inicial de su concurso de acreedores sin masa. Pero eso no lo exige la Ley y, por tanto, no parece que lo deban pedir los juzgados.

**8.- ¿Cuál es su opinión en cuanto a la supresión, en la nueva ley, de la figura del ministerio fiscal en la pieza de calificación? ¿Y en cuanto al mayor protagonismo de los acreedores en la sección 6ª?. ¿Puede provocar esto excesiva litigiosidad?.**

La supresión del Ministerio Fiscal no ha hecho más que “oficializar” o dar carta de naturaleza a la habitual inasistencia de esa figura. No sólo resultaba difícil que el Fiscal pudiera instruirse adecuadamente a efectos de emitir su dictamen, sino que rara vez comparecía en las vistas de



calificación y aportaba algo muy distinto de lo que ya decía la administración concursal. Por eso valoro positivamente esa desaparición del proceso, que se ha visto compensada con una intervención más intensa de los acreedores. Por lo que he podido apreciar, aunque son bastante los acreedores que hacen alegaciones de culpabilidad junto con su escrito de comunicación de créditos, sólo en contadas ocasiones proceden luego a presentar su propio informe de calificación, por lo que tampoco percibo un repunte anormal o injustificado de la litigiosidad. Y aunque eso pudiera llegar a producirse, ahí debe jugar el “desapasionamiento emocional” de la administración concursal y, lógicamente del juez, para atajar los posibles casos de litigiosidad indebida.

**9.- En términos generales: ¿Cómo valora el procedimiento especial para microempresas?. ¿Lo estima necesario?. ¿No le parece que en ciertos aspectos se descuida en demasía el rigor y la seguridad jurídica, sobre todo en lo relativo a la liquidación?.**

A mi juicio, el procedimiento especial del Libro tercero muy posiblemente sea la parte más criticable de toda la Ley 16/2022. Aun pudiendo llegar a compartir la conveniencia de articular un proceso algo más simplificado para los concursos más pequeños (objetivo que desde siempre se ha perseguido, con más o menos acierto, en la Ley Concursal desde 2003), lo que no tiene mucho sentido es convertir el concurso en una especie de “laberinto de formularios” como es el procedimiento especial. Ciertamente, me consta por experiencia propia que los diversos formularios que prevé el procedimiento especial están causando muchos problemas operativos a los deudores, a sus abogados y a los propios juzgados. De tal modo que algo que se pretendía fuera ágil y fácil (piénsese que incluso inicialmente se contemplaba que se pusiera en marcha sin tan siquiera abogado) resulta a la postre ser mucho más lento y tedioso que un procedimiento de concurso ordinario.







De otra parte, creo que se ha diseñado un “traje incomodísimo de vestir”, teniendo en cuenta el colectivo al que va destinado ese procedimiento especial (microempresarios, como puedan ser cafeterías, talleres, autónomos, etc.). Insisto: alguna forma de articular un procedimiento sencillo, sí, pero no en los términos en que se recoge en el Libro tercero. Y, por último, y vuelvo a lo que decíamos en otra pregunta, no parece que tenga mucho sentido que las personas físicas consumidoras hayan de transitar por el concurso de acreedores del libro primero, mientras que ciertos empresarios, con una complejidad similar o mayor, vayan a este Libro tercero.

**10.- La nueva norma establece un plazo para la promulgación de un nuevo reglamento que regule la administración concursal que ya ha sido incumplido aun cuando si conocemos cierta propuesta reglamentaria.**

En realidad, no es que se haya incumplido el plazo que concede la Ley 16/2022, es que llevamos “instalados en el retraso” desde que se incumpliera la disposición transitoria segunda de la Ley 17/ 2014, que concedía al Gobierno un plazo de seis meses para el desarrollo reglamentario de ciertas reformas legislativas de la Ley concursal, que afectaban a la designación y retribución de la administración concursal, situación que se mantiene hasta el día de hoy. La Ley 16/2022 vuelve a insistir, efectivamente, en lo mismo, en la necesidad de aprobar un nuevo reglamento para regular el acceso a la profesión y otros detalles muy importantes de la administración concursal. De hecho, nos consta que existe la propuesta a la que vd. se refiere, que parece sigue su tramitación, pero no podría decirle a ciencia cierta cuándo resultará aprobada.

Dicho esto, no parece que la ausencia de ese desarrollo haya sido un gran problema, ni que se haya echado mucho de menos la existencia de dicho reglamento hasta la fecha.

**11.-¿Entiende Vd. necesaria una cierta restricción en el acceso a la profesión de administrador concursal? Cree necesario el examen de acceso? A su juicio como debería configurarse el sistema de nombramientos y retribución?**

A simple vista, resulta evidente que el número de administradores concursales inscritos en las listas que se llevan en los juzgados de lo mercantil es desproporcionado para el número de concursos “con masa” que se declaran en España. Ahora bien, podría considerarse que no se trata de un gran problema porque el mercado se “autorregula” y sólo una parte de ese enorme “censo” actúa en la práctica. Es lo que ha venido sucediendo hasta la fecha. Ahora bien, el problema -y muy serio- se planteará cuando se ponga finalmente en práctica la designación secuencial y automática de los administradores concursales, que es lo que se contemplaba en la referida modificación legislativa de 2014 y en la Ley 16/2022. ¿Por qué? Porque las posibilidades de designación se reducen drásticamente, y la sola presencia en listas de personas que no tienen dedicación real a la administración concursal perjudica extraordinariamente a quienes tienen estructura y medios específicamente dedicados a ello.

Como esto es algo que, tarde o temprano, parece que va a entrar en vigor (cuando se apruebe el reglamento de la administración concursal), creo que debe reducirse drásticamente el número de los elegibles, que tendría que reflejar sólo aquellas personas que se han venido formando durante todos estos años. Por ello, se hace necesario un sistema de acceso muy serio, que incluya un examen riguroso, pues no tendría sentido alguno poner un filtro si este no va a servir de nada en la práctica. De forma semejante, creo que es igualmente importante reducir al máximo el número de aquellos que estén exentos del examen en virtud de la experiencia atesorada.

**ÁLVARO SENDRA ALBIÑANA**

*Presidente de la Sección de Derecho Concursal ICAV*

