

El «experto en la reestructuración»

Pedro Yanes Yanes
Catedrático de Derecho Mercantil
Abogado

RESUMEN: La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, como norma de transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, ha introducido la novedosa figura del «experto en la reestructuración». Sus funciones básicas son asistir al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración, e informar al juez mediante la elaboración y presentación de determinados informes. El experto en ningún caso interviene o supervisa los poderes de administración y disposición patrimonial del deudor, pero su rol está llamado a ser decisivo en los procesos de reestructuración. Como estos procesos están fuertemente desjudicializados, es precisa una mayor monitorización de la actuación del experto por parte de los acreedores del deudor, incluidos los acreedores públicos. Para ello es necesario conocer el régimen de la nueva figura.

Palabras clave: Derecho de la insolvencia, planes de reestructuración, experto en la reestructuración.

ABSTRACT: Regulation 16/2022, of September 5, as a transposition regulation of Directive (EU) 2019/1023, has introduced the novel figure of the «practitioner (in the field) of restructuring». Its basic functions are to assist the debtor and the creditors in the negotiations and in the preparation of the restructuring plan, and to inform the judge by preparing and submitting certain reports. The practitioner in no case intervenes or supervises the debtor's powers of administration and disposition of assets, but his role is called to be decisive in the restructuring process. As these processes are strongly dejudicialized, it is necessary a greater monitoring of the practitioner's performance by the debtor's creditors, including public creditors. For this purpose, it is necessary to know the regime of the new figure.

Keywords: Insolvency law, restructuring plans, practitioner (in the field) of restructuring.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. CARACTERIZACIÓN FUNCIONAL. 2.1. El experto según la Directiva. 2.2. El experto en la Ley de Reforma. 2.2.1. Régimen general común. 2.2.2. Régimen especial de microempresas. 3. LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA ACTUAR COMO EXPERTO. 3.1. Planteamiento. 3.2. Condiciones subjetivas generales. 3.2.1. Personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras. 3.2.2. Conocimientos especializados. 3.2.3. Experiencia en reestructuraciones. 3.3. Condiciones subjetivas alternativas. 3.4. Condiciones subjetivas específicas. 3.5. Aseguramiento

obligatorio o garantía equivalente. 3.6. Incompatibilidades y prohibiciones. 4. NOMBRAMIENTO, REMOCIÓN Y SUSTITUCIÓN DEL EXPERTO: RÉGIMEN GENERAL COMÚN. 4.1. Piezas del sistema de designación. 4.1.1. La propuesta. 4.1.2. El nombramiento. 4.2. Supuestos de nombramiento. 4.2.1. Nombramiento obligatorio. 4.2.2. Nombramiento especial (o contradictorio). 4.3. Solicitud de nombramiento. 4.4. Impugnación del nombramiento. 4.5. Remoción y sustitución. 5. (SIGUE) RÉGIMEN ESPECIAL DE MICROEMPRESAS. 5.1. Especialidades relativas al nombramiento. 5.2. Especialidades relativas a las funciones. 6. EL ESTATUTO DEL EXPERTO. 6.1. Deberes. 6.1.1. Diligencia. 6.1.2. Independencia e imparcialidad. 6.2. Responsabilidad civil. 6.3. Retribución. 7. REFERENCIAS.

1. PLANTEAMIENTO

Los procedimientos legalmente establecidos para el tratamiento de las situaciones de insolvencia de los deudores conciernen de manera creciente a las administraciones públicas. No puede decirse que tales procedimientos se inicien con la exclusiva finalidad de atender intereses privados, pues en ellos emergen también intereses generales y públicos.

La reciente 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* (en adelante, «DMRP»), así lo demuestra. La *Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal* (en adelante, «Ley de Reforma»)¹, al introducir los denominados *planes de reestructuración* de deudores insolventes, confiere carta de naturaleza a un nuevo órgano técnico que habrá de relacionarse con los titulares de créditos públicos. Las funciones básicas son asistir al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración, e informar al juez mediante la elaboración y presentación de determinados informes. En ningún caso interviene o supervisa los poderes de administración y disposición patrimonial del deudor, pero su rol está llamado a ser decisivo en la reestructuración. Como los procesos de reestructuración están fuertemente desjudicializados, es precisa una mayor monitorización de la actuación del experto por parte de los acreedores del deudor, incluidos los acreedores públicos. Para ello es necesario conocer el régimen de la nueva figura. Este es el propósito del presente trabajo.

¹ Todos los artículos que se citan sin más indicación han de entenderse referidos al vigente texto refundido de la Ley Concursal (TRLC).

2. CARACTERIZACIÓN FUNCIONAL

2.1. El experto según la Directiva

El *practitioner in the field of restructuring*, traducido en la versión castellana de la DMRP como «administrador en materia de reestructuración», ha pasado a la Ley de Reforma bajo la denominación «experto en la reestructuración» (comparativamente, Sanjuán y Muñoz, 2020:195-224). De esta novedosa figura se ocupa el nuevo título IV del libro segundo (arts. 672 a 681), que regula de forma amplia, y por este orden, el nombramiento, las funciones, los deberes y la responsabilidad del experto. Pese a ello, la Ley de Reforma no ofrece unos perfiles netos del nuevo órgano, bastándose con reproducir incidentalmente la genérica noción de la DMRP.

No está de más señalar que la norma comunitaria considera experto en la reestructuración a toda persona u órgano nombrado por una autoridad judicial o administrativa para desempeñar determinadas funciones en el concurso [art. 2.1 núm. 12)]; y que, en la misma línea, la Ley de Reforma se refiere a una persona natural o jurídica con conocimientos especializados y experiencia en reestructuraciones (art. 674 primer inciso), llamada a desempeñar determinadas funciones en el proceso de negociación del plan de reestructuración; esto es, a «un profesional especializado en reestructuraciones» (art. 680). Son todas ellas definiciones que arrastran un cierto grado de vaguedad, y que por tanto solo tienen utilidad cuando se conectan con las funciones propias del órgano, que son las que permiten diferenciarlo de otros órganos también contemplados en la DMRP y en la Ley de Reforma. De ahí que en este primer apartado del capítulo nos centremos en la configuración funcional del experto, como cuestión de calificación que antecede a las cuestiones de régimen.

Según la DMRP, las funciones que demarcan el papel del experto en la reestructuración pueden ser una, varias o todas las siguientes:

- (i) Asistir al deudor o a los acreedores en la elaboración o la negociación de un plan de reestructuración.
- (ii) Supervisar la actividad del deudor durante las negociaciones de un plan de reestructuración e informar a la autoridad judicial o administrativa.
- (iii) Controlar (parcialmente) los activos y actividades del deudor durante las negociaciones.

Aparte de estas tres funciones, distintas normas de la DMRP aluden a otras posibles actuaciones del experto, relacionadas o no con aquellas. Es el caso de la solicitud de ampliación del plazo de suspensión de las ejecuciones singulares o de nueva suspensión de ejecuciones (art. 6.7); del levantamiento de las suspensiones acordadas [art. 6.9 lit. b)]; o de la propuesta de un plan de reestructuración (art. 9.1 núm. 2º).

Ahora bien, volviendo al núcleo funcional acotado por el artículo 2.1 núm. 12 DMRP, puede afirmarse con bastante seguridad que, estableciendo la norma que el experto podrá desempeñar, en particular, una o más de aquellas tres funciones, la legislación nacional puede determinar las tareas específicas del experto con tal de que se le asigne al menos una de las tres señaladas (Dammann, 2021:76). Si esto es así, podría pensarse, en una primera aproximación, que la elección doméstica habría de proyectarse preferentemente sobre la tríada asistencia-supervisión-control (Nieto Delgado, 2020:185), aunque en realidad esas tres actividades posibles se reducen a dos si se tiene en cuenta que la asistencia va referida al proceso de negociación y la supervisión-control se proyecta sobre la actividad empresarial o profesional del deudor, que son los dos polos en torno a los que se agrupan, cualitativamente, las funciones posibles del experto. Nos parece que esta es la cesura que cabe practicar en el núcleo funcional —asistencia y supervisión-control—, con concreciones graduales según los criterios político-legislativos que hayan presidido la transposición de la DMRP en cada Estado miembro. Como se verá al tratar el régimen especial de microempresas, la asistencia puede tener entre nosotros distinto alcance en cuanto a la proactividad y protagonismo del experto (de la actividad más básica de mediación a la más activa de proposición del plan), de la misma manera que la supervisión-control expresa un *continuum* que puede adaptarse a las necesidades que reclame cada proceso de reestructuración.

2.2. El experto en la Ley de Reforma

2.2.1. Régimen general común

En la parte sistemática que regula el estatuto del experto, la Ley de Reforma destina un único precepto a definir las funciones de este órgano técnico del concurso. En concreto, el artículo 679 le atribuye las funciones de (i) asistir al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración, y de (ii) informar al juez mediante la elaboración y presentación de aquellos informes exigidos por la ley o que el propio juez considere necesarios o convenientes.

Definitivamente, la norma doméstica se decanta por transponer solo en parte las funciones recogidas por el artículo 2.1 núm. 12 DMRP; únicamente las de las letras a) y —solo en parte— b), pero no la recogida por la letra c). Como anticipa la Exposición de Motivos, «[e]l experto en ningún caso interviene o supervisa los poderes de administración y disposición patrimonial del deudor», por donde justifica que la denominación del órgano sea experto y no administrador (como lo llama, en sentido amplio, y sin tanto remilgo, la DMRP)². Quizás para la Ley

² La explicación que sobre esta decisión aparece en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma es la siguiente: «El diseño que ha hecho la ley de esta figura, dentro de los diferentes

de Reforma ha sido determinante la necesidad de separar netamente el precurso del concurso, y, por esta vía, dotar de funciones distintas al experto en la reestructuración y al administrador concursal. Si la apertura del procedimiento concursal conlleva un conjunto de efectos de orden personal y patrimonial que restringen, en mayor o menor medida, el ejercicio de derechos y facultades de toda índole, personales y patrimoniales, por parte del deudor, la regla preconcursal *debtor-in-possession* debe constreñir las funciones del experto a una mera asistencia a las partes (y a la puntual y tasada colaboración con el juez en los términos ya expuestos). Sin embargo, y como queda dicho, en la DMRP la regla *debtor-in-possession* no es excluyente de un régimen parcial o limitado de supervisión, intervención o control sobre parte de los activos del deudor, posibilidad renunciada por la Ley de Reforma, al menos por lo que se refiere al régimen general común del precurso.

El objetivo fundamental de la DMRP en este punto es generar un eficaz incentivo que estimule a los deudores a solicitar su reestructuración preventiva en una fase temprana de dificultades, y para ello establece que «deben conservar, en principio, el control sobre sus activos y la gestión cotidiana de su actividad empresarial»³. Pero solo en principio, esto es, con carácter general, y normalmente en el momento inicial del precurso, porque lo que aplicando un mínimo de perspicacia no puede descartarse es que durante la moratoria o sus prórrogas la situación del deudor no solo necesite de una asistencia más intensa en la negociación, sino también una supervisión, intervención o control parcial de activos y negocios cuya necesidad o conveniencia no es fácil de apreciar anticipadamente y en abstracto con la presentación de la comunicación de inicio de negociaciones.

Sin embargo, a esta flexibilidad que permite la DMRP ha renunciado la Ley de Reforma, negando drásticamente la posibilidad, aun excepcional y remota,

modelos que permite la Directiva, es más próximo a la figura de un mediador que facilite la negociación entre las partes, ayude a deudores con poca experiencia o conocimientos en materia de reestructuración, y eventualmente facilite las decisiones judiciales cuando surja alguna controversia entre las partes. Su función material más relevante quizás sea la responsabilidad de elaborar un informe sobre el valor en funcionamiento de la empresa en caso de planes no consensuales. *El experto en ningún caso interviene o supervisa los poderes de administración y disposición patrimonial del deudor. De ahí que se haya optado por esa denominación, en lugar de la que utiliza la Directiva.»*

³ Considerando 30 DMRP. En esta misma línea se había manifestado, unos años antes, la Recomendación 2014/135/UE, en su considerando 17: «Para promover la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, los marcos nacionales preventivos de reestructuración deberían incluir procedimientos flexibles que limiten los trámites judiciales a lo estrictamente necesario y proporcionado para salvaguardar los intereses de los acreedores y otras partes interesadas que puedan verse afectadas. Por ejemplo, para evitar costes innecesarios y poner de manifiesto la naturaleza temprana del procedimiento, *a los deudores se les debería dejar, en principio, el control sobre sus activos, y el nombramiento de un mediador o supervisor no debería ser obligatorio, sino decidirse en cada caso.»*

de que el experto pudiera desempeñar en circunstancias puntuales funciones más propias de un administrador que de un mero facilitador de acuerdos. Ello no impide que, como en un palimpsesto, la Ley de Reforma conserve alguna huella de que el experto puede ser nombrado para «salvaguardar el interés de los posibles afectados por la suspensión [general de ejecuciones singulares]» (art. 672.1 núm. 3º), en cuyo caso estaríamos hablando de funciones cualitativamente distintas a las de mera asistencia en la negociación para facilitar la consecución de un plan de reestructuración.

Si desde el punto de vista político-legislativo la norma de transposición puede comportar ciertos riesgos para los acreedores, abocados como están a soportar la suspensión del ejercicio de sus derechos, desde el punto de vista técnico-jurídico presenta una formulación parcialmente defectuosa. Nótese que la función recogida en la letra b) del artículo 2.1 núm. 12 DMRP («supervisar la actividad del deudor durante las negociaciones de un plan de reestructuración e informar a una autoridad judicial o administrativa») no puede disociar las dos proposiciones, como hace el artículo 679, separando del enunciado principal («supervisar la actividad del deudor») el adinículo complementario («informar a una autoridad judicial o administrativa»). Rectamente interpretada, la norma comunitaria parece estar refiriéndose a la función informativa como subordinada a la función supervisora, de manera que los informes que emita el experto tendrán por objeto las evidencias que recabe en el ejercicio de la supervisión; pero de la supervisión de la actividad del deudor, no del proceso de negociación, salvo que el juez considere necesario o conveniente recabar del experto informes sobre la marcha de la negociación. Por esta razón, cuando el artículo 679 alude a la elaboración y presentación de los informes exigidos por la ley, y los que el propio juez considere necesarios o convenientes, no puede estar refiriéndose a los informes derivados de la supervisión —que no tiene como tal encomendada—, sino a otros informes (y actuaciones) distintos a los informes de supervisión. Puede decirse, por tanto, que en este punto la norma doméstica no transpone, sino que innova.

Planteada la cuestión en estos términos, la función general encomendada al experto en la reestructuración bajo el régimen general común preconcursal es la de asistir al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración. Ello es así aun cuando, complementariamente, el experto tenga asignados otros cometidos que aparecen dispersos en el articulado y que conviene ordenar ahora sistemáticamente.

Un grupo de atribuciones complementarias a la función general de asistencia se sustancian en la emisión de informes, que dada la condición de experto se concretarán en una opinión técnica o profesional sobre el asunto del que se trate. En concreto, el TRLC reformado prevé la emisión de hasta cuatro diferentes informes en otros tantos supuestos:

- (iv) el informe sobre la solicitud que formule el deudor para la extensión de la prohibición de inicio de ejecuciones, judiciales o extrajudiciales,

o para la suspensión de las ejecuciones ya iniciadas sobre todos o algunos de los bienes de los declarados como necesarios en la comunicación del deudor, y contra uno o varios acreedores individuales o contra una o varias clases de acreedores, cuando resulte necesario para asegurar el buen fin de las negociaciones (art. 602.1);

- (v) el informe sobre la solicitud de prórroga del periodo inicial de la moratoria, o de otra prórroga anterior, formulada por el deudor o por los acreedores (art. 607 núm. 1º);
- (vi) el informe sobre el valor de la empresa del deudor como empresa en funcionamiento, en los supuestos de homologación de un plan de reestructuración no aprobado por todas las clases de acreedores (art. 639 núm. 2º); y
- (vii) el informe que debe acompañar a la solicitud de homologación del plan de reestructuración, presentada por el deudor o por cualquier acreedor afectado por el plan (art. 643.3).

Junto a estas atribuciones, al experto en la reestructuración se le reconoce una facultad de petición para que pueda ejercerla en supuestos puntuales. Así, podrá solicitar:

- (viii) el levantamiento de la prórroga o de sus efectos frente a determinados acreedores (art. 608.1 núm. 1º);
- (ix) la suspensión de la solicitud de concurso presentada por el deudor, bien cuando se negocie un plan de reestructuración precedido de comunicación previa (art. 612.1) o sin comunicación previa (art. 637.1); y
- (x) la publicación de un edicto en el Registro público concursal, con indicación del lugar donde los acreedores legitimados, cuando no fuera posible realizar las comunicaciones por otros medios a todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados, podrán examinar el contenido del plan (art. 627).

Por último, el experto tiene atribuida una singular potestad certificante sobre la suficiencia de las mayorías para aprobar el plan de reestructuración, a fin de que su declaración se incorpore al instrumento público de formalización del plan aprobado por los acreedores (art. 634.1). Mas, como el experto puede faltar, la certificación corresponderá al auditor de cuentas que tenga nombrado la sociedad deudora, o el que se designe a tal fin.

2.2.2. Régimen especial de microempresas

El experto en la reestructuración está previsto que pueda actuar en el precurso de microempresas, pero solo cuando el procedimiento especial elegido sea el de continuación, no en el de liquidación. Para este segundo procedimiento,

el órgano técnico previsto es, como se comprende fácilmente, el administrador concursal.

En el procedimiento especial de continuación la configuración funcional del experto en la reestructuración es significativamente diferente a la que hemos examinado bajo el régimen general común. Mientras que al amparo de aquel régimen el experto asumía la función de asistir al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración, sin que en ningún caso pudiera supervisar, intervenir o controlar los poderes de administración y disposición patrimonial del deudor, en el procedimiento especial de continuación el cúmulo de funciones se ensancha notablemente. Aunque la situación no sea exactamente la misma que la habitual en el concurso, en el procedimiento especial de continuación es posible que, a solicitud de los acreedores, el juez pueda limitar las facultades de administración y disposición del deudor (art. 703). Ello explica que el experto pueda asumir nuevas funciones en interés de la continuación, de las que carece bajo el régimen de la reestructuración.

El artículo 704 se refiere al nombramiento de un experto en la reestructuración para intervenir como órgano técnico en el procedimiento especial de continuación. El precepto recoge, de forma poco ordenada, distintos aspectos de régimen, de los que nos interesa ahora resaltar, sistemáticamente, lo que sigue.

La configuración funcional básica del órgano coincide con la establecida por el régimen general común. Como señala el precepto, el experto que resulte nombrado «podrá realizar aquellas funciones que le son expresamente reconocidas en [el libro tercero]» (art. 704.5 i.f.), lo que supone que asumirá la función general de asistir al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de continuación, pero no las facultades de emisión de informes y de petición, ni la potestad certificante, por cuanto todas ellas se atribuyen con ocasión de fases y momentos propios de la tramitación del plan de reestructuración, y no son susceptibles de trasladarse, ni siquiera *mutatis mutandis*, al procedimiento de continuación. Ahora bien, facultades de similar significación se asignan al experto en la reestructuración en el marco del procedimiento de continuación. A saber:

- (i) la realización de alegaciones al plan de continuación sometido a aprobación, con carácter previo a la votación de los acreedores (art. 697 quinquies);
- (ii) la emisión, a solicitud del juez, de un informe sobre el valor de la empresa del deudor como empresa en funcionamiento (art. 698 bis); y
- (iii) la participación en la vista a la que, en su caso, fuera convocado por el juez para decidir si procede la tramitación del procedimiento especial de liquidación o, por el contrario, su conclusión (art. 699 bis.6).

Este núcleo funcional básico se ve ampliado bajo el régimen especial. En un primer nivel, y sin desbordar la función general de asistir al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración, el

artículo 704.5 dispone que aquella función general comprenderá (a) facultades de propuesta del plan de continuación, (b) facultades de emisión de opiniones técnicas («sobre cualquiera de los extremos susceptibles de afectar a la formación de la voluntad de los acreedores en relación con el plan»), y (c) facultades de mediar entre el deudor y sus acreedores.

En un segundo nivel, y desbordando la función general de asistir al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración, el experto podrá asumir (a) bien funciones de intervención, bien (b) funciones de sustitución, respecto a las facultades de administración y disposición del deudor. Las primeras se prevén en el artículo 704.1, que necesitan ser pedidas por acreedores cuyos créditos representen al menos el cuarenta por ciento del pasivo total; las segundas, en el artículo 704.2, que necesitan ser pedidas por acreedores cuyos créditos representen al menos el cuarenta por ciento del pasivo total a condición de que el deudor se encuentre en «situación de insolvencia actual».

3. LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA ACTUAR COMO EXPERTO

3.1. Planteamiento

Para el desempeño de las funciones que se asignan en abstracto al órgano, el experto ha de reunir ciertas condiciones subjetivas para ser nombrado y actuar como tal en el precurso (art. 674), aparte de tener suscrito un seguro de responsabilidad civil o prestar garantía equivalente (art. 681.2), y no estar incurso en ninguna incompatibilidad o prohibición (art. 675). A todas ellas las denominamos aquí, en conjunto, condiciones necesarias para ser nombrado y actuar como experto. Tiene interés subrayar que el planteamiento de la DMRP sobre estas cuestiones es genérico y abierto, y quizás por ello también realista. La aspiración armonizadora debe asegurar el cumplimiento de unos mínimos, y cualquier ambición por encima de esos mínimos debe administrarse con prudencia en un contexto de heterogeneidad de ordenamientos. La Ley de Reforma ha dispuesto así de un amplio margen de maniobra para modular la transposición, de la que cabe esperar su acierto.

3.2. Condiciones subjetivas generales

El artículo 674 define las condiciones subjetivas que han de concurrir en el experto, señalando con carácter general que el nombramiento ha de recaer en «persona natural o jurídica, española o extranjera, que tenga los conocimientos especializados, jurídicos, financieros y empresariales, así como experiencia en materia de reestructuraciones o que acredite cumplir los requisitos para ser ad-

ministrador concursal conforme a esta ley». La redacción de la norma es muy lacónica, y en algún pasaje confusa. Necesita ser integrada y aclarada en lo posible.

3.2.1. Personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras

No plantea, en principio, mayor problema que la norma abra la actividad del experto a las personas naturales o jurídicas. La formulación normativa es muy similar a la del artículo 57 al definir la administración concursal única. También aquí estaríamos en presencia de un órgano único en cuanto puede integrarse por una persona natural o por una persona jurídica. Se prescinde así de la configuración dual (menos aun plural) del experto, que es la previsión que recoge el artículo 58 para la administración concursal, y se descarta —al menos implícitamente— que en un mismo proceso de reestructuración pueda haber más de un experto nombrado y en ejercicio de sus funciones (críticamente, Martín Torres, 2021:201, y 2022:213-235). Esta conclusión no nos parece contradictoria con que en los preconcursos conexos, originados por una comunicación conjunta (art. 587), puedan nombrarse tantos expertos como deudores, aunque la tendencia hacia la concentración funcional en un mismo experto para toda la reestructuración de un grupo no desaparece del todo en los textos como expresión de un desiderátum («se podrá designar el mismo experto para todos los deudores afectados», recuerda el art. 672.4).

Por otra parte, el artículo 674 se expresa con gran sencillez, y no añade, cuando se trate de personas jurídicas, la exigencia de estar constituidas como sociedades profesionales stricto sensu al amparo de la Ley de Sociedades Profesionales. Ello hubiera requerido un previo decantamiento del desempeño hacia profesiones colegidas o reguladas. No hay por tanto en este aspecto profesionalización (*rectius*, corporativización) del experto, más allá de las exigencias de conocimientos especializados y de experiencia acreditada. Una cosa es que el ejercicio de la actividad haya de desarrollarse con profesionalidad, como presupuesto del ejercicio responsable, y otra distinta que la actividad constituya una profesión. No es novedad, en este sentido, que el legislador español venga siendo desde hace años muy refractario a la creación de nuevas profesiones, por lo que su presencia organizada en el mercado puede conllevar para un orden concursal saneado.

3.2.2. Conocimientos especializados

Junto a las condiciones anteriores, la norma que tratamos exige que el experto cuente con conocimientos especializados en materia de reestructuraciones, en la línea que señala el artículo 26.1.a) DMRP. Estos conocimientos estarán ligados a la formación del experto, aunque no necesariamente a su titulación. La

norma solo pide que el experto cuente con conocimientos especializados en materia jurídica, financiera y empresarial, a lo que únicamente cabría añadir que tales conocimientos deben ser conocimientos acreditados, y multidisciplinares, porque los que se piden son transversales en los campos jurídico, financiero y empresarial del conocimiento.

A falta de otras indicaciones en la norma, será el juez, como órgano competente para el nombramiento, quien habrá de valorar en qué medida aquellos requerimientos se cumplen en el experto propuesto, lo que no parece que entrañe gran dificultad para operadores jurídicos de tan sólida formación como los jueces de lo mercantil españoles.

3.2.3. Experiencia en reestructuraciones

Tan importante como los conocimientos especializados es la experiencia en reestructuraciones, suponiendo que uno y otro requerimiento sean dissociables. Lo pide el artículo 26.1 lit. c) DMRP, cuando exige a los Estados miembros garantizar que el nombramiento de un administrador concursal (lato sensu) tenga debidamente en cuenta «los conocimientos y la experiencia del administrador concursal». Ni todos los expertos estarán en disposición de acreditar la misma experiencia, ni todas las reestructuraciones requerirán un órgano técnico con el mismo grado de pericia. Ahora bien, aunque los nombramientos puedan producirse en favor de expertos con distinto perfil y experiencia profesional, el problema residirá en determinar, con carácter general, la experiencia mínima a partir de la que podría entenderse cumplido este requisito por el juez.

3.3. Condiciones subjetivas alternativas

El artículo 674 articula una suerte de pasarela que permite emplear las condiciones subjetivas de los administradores concursales como condiciones subjetivas de los expertos en la reestructuración. La norma dispone, a este respecto, que «[e]l nombramiento de experto deberá recaer en la persona natural o jurídica, española o extranjera, [...] que acredite cumplir los requisitos para ser administrador concursal conforme a esta ley». Las llamamos aquí condiciones subjetivas alternativas porque las condiciones subjetivas generales son las ya examinadas en el apartado anterior, de suerte que las alternativas operan en función vicaria de las generales⁴.

⁴ No obstante, cabría una interpretación distinta de la norma en este punto, y todo por una defectuosa sintaxis. Cuando se lee «así como experiencia en materia de reestructuraciones o que acredite cumplir los requisitos para ser administrador concursal conforme a esta ley», puede dar la impresión de que los requisitos para ser administrador concursal pueden sustituir la experiencia en materia de reestructuraciones. Para llegar a la conclusión que asumimos en el texto hubiera sido preciso que la conjunción disyuntiva «o» hubiera estado precedida por una

Pero nótese, además, que la norma no llega a decir que quien sea administrador concursal puede ser nombrado experto en la reestructuración, sino algo muy distinto que no puede pasarse por alto: que quien «acredite cumplir los requisitos para ser administrador concursal» podría actuar igualmente como experto en la reestructuración. La diferencia es notable, ciertamente, porque ensancha aquella pasarela permitiendo el tránsito de quienes son de presente administradores concursales y de quienes, sin serlo, pudieron haberlo sido y ya no lo son, o podrían serlo si llegaran a formalizar su inscripción en el Registro público concursal ex artículos 60 y 61, y que por cualquier razón —distinta de la falta de concurrencia de las necesarias condiciones subjetivas— no han interesado. No es difícil entender que una cosa es ser administrador concursal y otra diferente cumplir con las condiciones para poder serlo. Una interpretación que restrinja las posibilidades de quienes sin ser administradores concursales cumplen con las condiciones para serlo nos parecería una barrera de entrada injustificada y contraria al sentido genuino de la norma (contrariamente, Martínez Sanz, 2022:178-181).

En todo caso, y como conclusión, que un administrador concursal pueda devenir, en un concreto precurso, experto en la reestructuración ciertamente supone el reconocimiento de una equivalencia en las condiciones subjetivas de uno y otro órgano, pero no autoriza a confundir una y otra figura, que son distintas pese a que las respectivas condiciones subjetivas de cada uno se equiparen a los solos efectos de posibilitar el acceso al nombramiento como experto en la reestructuración.

3.4. Condiciones subjetivas específicas

Como no todas las reestructuraciones presentan el mismo grado de complejidad, las condiciones subjetivas generales habrán de aplicarse con mayor rigor y exigencia. Esta es la previsión del segundo inciso del artículo 674, que pide tener en cuenta en el nombramiento del experto las particularidades que concurren en la reestructuración para la que se postule el experto.

Esas particularidades, que nos parecen enunciadas como *numerus clausus* de circunstancias especiales, pueden ser alguna de estas tres:

- (i) En primer lugar, el sector en el que opera el deudor. La particularidad reside en este caso en la actividad del deudor, que podría aconsejar el nombramiento como experto de una sociedad multidisciplinar en la que presten sus servicios profesionales cualificados, en lugar de un experto persona natural; o una valoración del candidato o candidatos

coma, después de «reestructuraciones»; pero la interpretación literal que dejamos aquí anotada es tan ilógica y absurda que la coma faltante puede introducirse por el intérprete sin mayor reparo.

atribuyendo más valor para el desempeño de unos conocimientos sobre otros, o de una trayectoria profesional sobre otras.

- (ii) En segundo lugar, la entidad y complejidad del activo o del pasivo. En estos casos, la particularidad no viene dada por la naturaleza de la actividad del deudor, sino por las características de los elementos que integran el activo o el pasivo. Ello exigirá que el nombramiento recaiga en un experto con una especialización adecuada que le permita asistir a las partes en la negociación familiarizado con los aspectos cuantitativos y cualitativos del activo y pasivo del deudor.
- (iii) En tercer lugar, la existencia de elementos transfronterizos. No se trata de una previsión novedosa, pues ya el artículo 62.3, al exceptuar el sistema de nombramiento por turno correlativo, permite que en los concursos con elementos transfronterizos pueda designarse como administrador concursal a quien, estando incluido en la lista, acredite el conocimiento suficiente al menos de la lengua inglesa, y deseablemente la del país o países relacionados con esos elementos, o alternativamente acreditar que cuenta con colaboradores con competencia idiomática o que ha contratado a un traductor jurado con dichos conocimientos⁵.

Que cualquiera de estas particularidades deba ser tenida en cuenta, como dice la norma, para el nombramiento del experto, amplía la discrecionalidad del juez en una doble dirección: (i) por una parte, determinando la concurrencia de la particularidad mediante la subsunción de las circunstancias del caso en el *numerus clausus* de la norma; (ii) y por otra, designando al experto del que mejor desempeño pueda pronosticarse en el concreto precurso. La norma no lo dice expresamente, pero nos parece que debe integrarse con la regla de motivación cualificada que incorpora, para supuestos muy similares (concursos de mayor complejidad que los ordinarios), el artículo 62.2, y que impone al juez el deber de «motivar la designación en la adecuación de la experiencia, los conocimientos o la formación de la persona nombrada a las particularidades del concurso». En todo caso, y como enseguida comprobaremos, el margen de decisión del juez se verá en estos casos constreñido por la reserva que la Ley de Reforma hace a favor del deudor o de los acreedores de la propuesta de nombramiento y la inexistencia de listas organizadas y predisuestas de expertos.

⁵ La previsión es coherente con la DMRP, cuyo considerando 88 dispone que «[e]n los casos con elementos transfronterizos, el nombramiento del administrador concursal debe tener en cuenta, entre otros factores, la capacidad de los administradores concursales para cumplir las obligaciones, con arreglo al Reglamento (UE) 2015/848, de comunicarse y cooperar con administradores concursales en procedimientos de insolvencia y autoridades judiciales o administrativas de otros Estados miembros, así como los recursos humanos y administrativos de que disponen para tratar posibles casos complejos.»

3.5. Aseguramiento obligatorio o garantía equivalente

Junto a las condiciones subjetivas, hay un requisito sin cuya observancia no podrá producirse el nombramiento del experto que resulte propuesto por los sujetos legitimados: la suscripción de un seguro obligatorio o la prestación de una garantía equivalente (cfr. Roncero Sánchez, 2016:250-258). Aunque esta exigencia se encuentra recogida en la norma que regula la responsabilidad civil del experto (art. 681.2), consideramos oportuno abordarla en esta sede en cuanto se trata de requisito de acceso al cargo. Su omisión o falta permitiría al juez denegar el nombramiento del experto (art. 676.2 en relación con el art. 677.1).

Hay en este tema un marcado paralelismo con la similar exigencia que establece el artículo 67.1 para el administrador concursal, quien debe acreditar, antes de aceptar el cargo, la vigencia de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto para responder de los posibles daños en el ejercicio de su función. Esta norma ha sido objeto de desarrollo reglamentario por el Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales. Aunque no es aplicable al caso de los expertos en la reestructuración, sí permite una orientación sobre los términos en que debe ser cumplida y exigida la citada obligación.

Si la obligación legal del experto se cumple mediante un contrato de seguro, el tomador será quien lo contrata y asume las obligaciones frente al asegurador. El tomador podrá coincidir o no con el asegurado, dependiendo de que el seguro se contrate en nombre y por cuenta propia o por cuenta ajena (art. 7 LCS), pero en todo caso será el asegurado quien se expone al riesgo de responsabilidad civil y en cuyo patrimonio nacerá la obligación indemnizatoria frente a quien experimenta el daño producido por su conducta dañosa. Siendo así, el experto ha de figurar en la póliza como asegurado, pudiendo suscribirla bien directamente o bien por un tercero que actúe por su cuenta e interés (por ejemplo, por un colegio profesional bajo la modalidad de seguro colectivo). Fuera de estos casos, si la obligación legal del experto se cumple mediante una garantía equivalente al seguro, las posiciones subjetivas de las partes se simplifican, circunscribiéndose las relaciones al garante y garantizado.

Tanto el seguro como la garantía equivalente deben guardar proporcionalidad con «la naturaleza y alcance del riesgo», pues en otro caso la garantía de la responsabilidad civil podría resultar insuficiente. La naturaleza del riesgo cubierto dependerá del tipo de funciones y del grado de atribución que haya de asumir el experto. Hipotéticamente, cabría que la responsabilidad civil quedara garantizada por el experto mediante la suscripción de un seguro ilimitado, aunque lo normal será que el contrato limite, mediante la fijación de una determinada suma asegurada, la cifra máxima en la que es asegurado el interés. Todas estas cuestiones necesitarán de alguna concreción en cuanto la Ley de Reforma comience a aplicarse, a lo que podría contribuir un específico desarrollo reglamentario del artículo 681.2.

Por lo demás, el candidato a ser nombrado experto —ya sea persona natural, ya sea persona jurídica— debe tener suscrito el seguro al tiempo de cursarse la solicitud de nombramiento por los sujetos legitimados («deberá tener suscrito», dice la norma: cfr. Quijano González, 2013:versión digital). Podría pensarse que nada cambiaría si el experto cumple con esta exigencia tras ser nombrado, o inmediatamente antes de la aceptación del cargo. Sin embargo, no parece razonable que quienes se dedican de manera profesional a actuar como expertos en reestructuraciones no tengan ya, en el momento de ser seleccionados y propuestos por las partes, una cobertura aseguradora de su responsabilidad civil, susceptible no obstante de ser suplementada si la suma asegurada resultara insuficiente para el nivel de riesgo que requiere su intervención en la reestructuración para la que sea propuesto. Tampoco parece diligente que los proponentes no hayan valorado con carácter previo la idoneidad del experto tomando en consideración, entre otros factores, el seguro de responsabilidad civil que tuviera contratado, y su compromiso de suplementarlo si fuere necesario.

Con todo, hay además otra razón procedimental que exige la suscripción previa del seguro a la propuesta de los sujetos legitimados, derivada de la necesidad de que a la solicitud de nombramiento se acompañe copia de la póliza del seguro o de la garantía equivalente (art. 672.2 núm. 3º). Una solicitud que no aportara esta copia carecería de la necesaria seriedad con la que debe impetrarse el auxilio judicial, y por tanto, tratándose de un requisito necesario cuya falta puede ser indiciaria de un déficit de profesionalidad del experto propuesto, la solicitud de nombramiento debería desestimarse sin más trámite con las consecuencias establecidas para estos casos por el artículo 676.2⁶.

A esta solución que proponemos podría oponerse, ciertamente, que el último inciso del artículo 676.3 establece la siguiente regla: «Si el nombrado no compareciera o no compareciera, el juez procederá de inmediato a nuevo nombramiento [...]». Ahora bien, esta regla solo está prevista para el trámite de la aceptación del experto ya nombrado, no para el trámite previo del nombramiento. De manera que si el experto consiguió ser nombrado fue porque el juez apreció que concurrían todas las condiciones necesarias para ello, incluido el aseguramiento obligatorio o la garantía equivalente (constatable a la vista de la copia de la póliza o de la garantía que debe acompañar a la solicitud del sujeto legitimado). Producido el nombramiento, la falta de comparecencia del experto nombrado al acto de aceptación, o su comparecencia con manifestación de no aceptar el

⁶ La interpretación que se propone no nos parece excesiva. No se trata de llegar al extremo de desestimar la solicitud, porque cualquier dilación en el nombramiento del experto sería perturbadora para la marcha de la negociación, sino de crear un incentivo fuerte para que las solicitudes sean serias y completas. Por otra parte, la interpretación propuesta nos parece consistente con la solución que el artículo 69 establece para el nuevo nombramiento de administrador concursal: «Si el nombrado no compareciese, no tuviera suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente suficiente o no aceptase el cargo, *el juez procederá de inmediato a un nuevo nombramiento.*»

nombramiento, provocará que el nombramiento quede sin efecto y se proceda de inmediato al nuevo nombramiento de otro experto. Por el contrario, si el experto acepta el nombramiento sin aportar la póliza o la garantía, la aceptación producirá los efectos que le son propios, bien porque la aportación documental quedó cumplimentada antes del nombramiento (mediante copia), o bien porque la falta de aportación del original de la póliza o de la garantía (en caso de que, muy forzosamente, llegue a interpretarse así la exigencia del segundo inciso del artículo 676.3) podría subsanarse en el breve plazo que le confiera el juez al experto, ya en sus plenas funciones.

3.6. Incompatibilidades y prohibiciones

Incluso concurriendo las condiciones subjetivas para actuar como experto en la reestructuración, ni la propuesta, ni el nombramiento, ni la aceptación serán posibles si el experto estuviera incurso en incompatibilidad o prohibición para el ejercicio de las correspondientes funciones. El artículo 675 señala, a tal efecto, cuáles son las causas de incompatibilidad y prohibición, menos exigentes que las establecidas para los administradores concursales por los artículos 64 y 65 (cfr. Espigares Huete, 2016:105-145).

En primer lugar, el artículo 675 núm. 1º señala como expertos incompatibles para ser propuestos, nombrados o aceptar el nombramiento, quienes hubieran prestado servicios profesionales tanto al deudor como a las personas especialmente relacionadas con el deudor en los últimos dos años. La prestación no se refiere a cualquier servicio profesional, sino solo a aquellos «relacionados con la reestructuración»; y prestados como experto en la reestructuración fuera de un precurso, esto es, como experto —con conocimientos especializados en los campos jurídico, financiero y empresarial y con experiencia en reestructuraciones— que asesore al deudor con carácter previo y finalidad preparatoria del ulterior precurso, emitiendo por ejemplo los muy socorridos análisis de viabilidad [*Independent Business Reviews* (IBR)]. Fuera de estos casos, un experto podría ser nombrado nuevamente como experto en la reestructuración del mismo deudor si antes lo fue por el juez del precurso anterior, que es lo que podría ocurrir en supuestos de comunicaciones sucesivas y encadenamiento de preconcursos, como consecuencia de las distintas rondas de negociación que suelen sucederse en los procesos complejos de reestructuración preventiva. Se trata de una solución que seguramente maximiza el conocimiento que un mismo experto pueda haber obtenido de la situación del deudor, y que parece contrastar con la prohibición que el nuevo artículo 65.4 impone al administrador concursal que en la previa negociación de un plan de reestructuración hubiera sido nombrado experto, con declaración de concurso sucesiva al fracaso del precurso. Ahora bien, esta prohibición del artículo 65.4 no nos parece paragonable con la prohibición del artículo 675 núm. 1º. Un administrador concursal nombrado experto en la reestructuración de un deudor que luego es declarado en concurso no debe ser nombrado administrador

del concurso posterior, pues en caso contrario dispondría de incentivos perversos para que el precurso mute en concurso.

En segundo lugar, el artículo 675 núm. 2º remite a la legislación de auditoría de cuentas para integrar las causas de incompatibilidad de los expertos en la reestructuración. Sin ánimo exhaustivo, y por referencia al artículo 16 LAC, las causas de incompatibilidad que podrían afectar a los expertos en la reestructuración pueden ser de dos clases según las circunstancias a las que se anudan:

- (i) Por una parte, causas de incompatibilidad con base en circunstancias derivadas de situaciones personales, que suponen que el experto:
 - ostente la condición de miembro del órgano de administración, sea directivo, tenga otorgado a su favor un poder general o tenga relación de empleo con el deudor o con persona especialmente relacionada con él;
 - tenga, respecto al deudor o a persona especialmente relacionada con él, interés significativo directo derivado de un contrato o de la propiedad de un bien o de la titularidad de un derecho;
 - realice cualquier tipo de operación relacionada con instrumentos financieros emitidos, garantizados o respaldados de cualquier otra forma por el deudor o por persona especialmente relacionada con él; o
 - solicite o acepte obsequios o favores del deudor o de persona especialmente relacionada con él, salvo que su valor sea insignificante o intrascendente.
- (ii) Por otra parte, causas de incompatibilidad con base en circunstancias derivadas de servicios prestados por el experto al deudor o a persona especialmente relacionada con el deudor, consistentes en servicios de contabilidad o preparación de los registros contables o los estados financieros; servicios de valoración; servicios de auditoría interna; servicios de abogacía; o servicios de diseño y puesta en práctica de procedimientos de control interno o de gestión de riesgos.

Con una y otra previsión la Ley de Reforma cumplimenta la doble exigencia de independencia e imparcialidad del experto que formula inequívocamente la DMRP.

4. NOMBRAMIENTO, REMOCIÓN Y SUSTITUCIÓN DEL EXPERTO: RÉGIMEN GENERAL COMÚN

4.1. Piezas del sistema de designación

4.1.1. La propuesta

A diferencia de lo que ocurre en el concurso —donde no hay una propuesta de nombramiento, sino que es el juez quien, por regla general, designa al adminis-

trador concursal sin previa propuesta de nadie—, en el precurso se prevé que la propuesta de nombramiento parta, según los casos, del propio deudor o de los acreedores. Cuando el artículo 676.1 dispone que el nombramiento «recaerá en la persona que, reuniendo las condiciones establecidas en esta ley, hubieran propuesto el deudor o los acreedores que hubieran formulado la solicitud», se está refiriendo a dos aspectos distintos pero complementarios: la solicitud y la propuesta de nombramiento. Los sujetos legitimados no solo solicitan que el juez nombre a un experto, sino que, en la propia solicitud proponer a un experto para que sea nombrado por el juez.

Aunque ha suscitado y seguirá suscitando recelos en los círculos concernidos por la distribución del poder en los nombramientos, este procedimiento no se opone a la DMRP, es coherente además con la llamada *contractualización del precurso*, y podría romper incluso inercias atrincheradas en la práctica concursal que ha marcado los tres últimos lustros. El considerando 88 DMRP es tan claro que no necesita ninguna «interpretación conciliadora» (Nieto Delgado, 2022:versión digital). Porque, efectivamente, si la DMRP no impide (porque reconoce que «no debe impedir») que las normas de transposición puedan establecer un sistema de nombramiento directo del experto por el deudor o por los acreedores «a partir de una lista [...] previamente aprobada por una autoridad judicial o administrativa», con mayor razón, si cabe, el sistema de nombramiento podrá reservar la propuesta a la exclusiva iniciativa del deudor o de los acreedores —sobre el universo de expertos, españoles o extranjeros, que reúnan las condiciones necesarias para actuar como tales— y confiar el nombramiento al juez, quien habrá de acordarlo previo control del cumplimiento de las condiciones subjetivas por parte del experto propuesto por aquéllos. La DMRP tampoco impide que el sistema de nombramiento sea incluso uno aleatorio mediante un programa informático «siempre que se garantice que, al recurrir a dichos métodos, los conocimientos y la experiencia del administrador concursal se tengan debidamente en cuenta»⁷.

A este respecto, no está de más recordar que el artículo 26.1 lit. b) DMRP solo exige, como condición indisponible por los Estados miembros, que las normas de transposición garanticen que «las condiciones de admisibilidad y el procedimiento para el nombramiento, la revocación y la dimisión de los administradores concursales sean claros, transparentes y justos». A partir de aquí se entiende que los elementos que no pueden faltar en el núcleo indisponible del sistema de nombramiento son, a la luz de las proclamaciones que se hacen en el considerando 88 DMRP, dos muy concretos: la preferencia de las partes concernidas por la reestructuración y la garantía del cumplimiento de las condiciones

⁷ En realidad, la DMRP no pretende armonizar el proceso de nombramiento, destitución y dimisión de los profesionales, sino que se limita a exigir a los Estados miembros que garanticen que el proceso de nombramiento, destitución y dimisión de los profesionales sea claro, transparente y justo: cfr. Veder, M. (2021): 281.

necesarias para el nombramiento del experto propuesto. A diferencia de lo que ocurre en el concurso, en el sistema de nombramiento diseñado por la Ley de Reforma no son necesarias listas organizadas y predispuestas que incluyan a los expertos que pueden proponer las partes y faciliten el control por el juez de las condiciones subjetivas que debe reunir el experto propuesto. Si hubiera listas, el sistema de nombramiento más eficiente habría sido el de nombramiento directo del experto por el deudor o por los acreedores. Ahora bien, como el sistema de nombramiento se desdobra en propuesta y designación, la lista es superflua: los proponentes tienen libertad para solicitar el nombramiento de un experto que les inspire confianza para alcanzar sus objetivos comunes, de la misma manera que el juez ha de controlar la legalidad de la propuesta comprobando si el experto seleccionado por el solicitante cumple o no con las condiciones subjetivas legalmente establecidas.

4.1.2. El nombramiento

El nombramiento del experto corresponde al juez del precurso, como señala el artículo 676. No cabe duda de que la potestad de nombramiento está limitada por la libertad de propuesta, pero esto no significa que el sistema diseñado por la Ley de Reforma sea un sistema de «nombramiento formalmente judicial» (Nieto Delgado, 2022:versión digital). Por el contrario, el juez controla materialmente las condiciones subjetivas caso por caso, y podría denegar el nombramiento del experto propuesto si no las cumple. El reproche que se hace a la Ley de Reforma de no requerir «que la selección que estos últimos hagan se efectúe a partir de una lista previamente aprobada por la autoridad judicial o administrativa» carece de fundamento, pues la selección sobre una lista previamente aprobada por una autoridad judicial o administrativa solo se justifica cuando el sistema de nombramiento es directo por las partes, en cuyo caso sí podría hablarse, si acaso, de una formalización judicial (o administrativa, ¿por qué no?) de la designación por las partes.

Aclarado lo anterior, no podemos omitir lo que prescribe el artículo 676 sobre el control material del juez de la idoneidad del experto propuesto, una suerte de doble vuelta que permitiría a las partes replantear su propuesta inicial e incrementar el poder del juez en la segunda propuesta. En concreto:

La regla primaria (art. 676.1) es que el juez ha de realizar el nombramiento del experto en la persona que hubieran propuesto el deudor o los acreedores solicitantes del nombramiento. Naturalmente, el juez acordará el nombramiento siempre que, como dice expresamente la norma, la persona propuesta «[reúna] las condiciones establecidas en [la] ley», que son las establecidas por los artículos 674, 675 y 681.2. Si el juez comprobara que las condiciones subjetivas concurren en la persona propuesta, no le constara la existencia de alguna causa de incompatibilidad o de prohibición, o no tuviera por acreditada la suscripción

del seguro de responsabilidad civil o la garantía equivalente. deberá proceder al nombramiento; en caso contrario, deberá denegarlo motivadamente.

La regla secundaria (art. 676.2) se expresa así: «Si el juez considerase, y así lo razonara, que el propuesto no reúne las condiciones establecidas en esta ley para el ejercicio de las funciones propias del cargo, solicitará a quien lo hubiera propuesto que, en el plazo de dos días, presente terna de posibles expertos de entre los que efectuará el nombramiento, siempre que reúnan esas condiciones». Es así como, habiendo resultado fallida la primera propuesta —por causa exclusivamente imputable a aquellos proponentes poco diligentes o negligentes en la selección del experto—, la ley conjura el bloqueo posibilitando una segunda propuesta, que habrá de incluir una terna de posibles expertos sobre los que decidirá, en su caso, el juez. La regla secundaria redistribuye de esta manera el poder de nombramiento, y lo hace restringiendo la libertad de elección de los proponentes e incrementando el margen de la decisión judicial.

Si el sistema deviniera laberíntico, sería siempre por la poca diligencia o la negligencia de los proponentes, que son quienes tienen los incentivos necesarios para formular una propuesta cabal y razonada en el interés de la reestructuración. Nadie mejor que ellos para hacerlo así y cuidar su interés.

4.2. Supuestos de nombramiento

El modelo de designación se concibe para operar en un conjunto limitado de supuestos. Antes de examinarlos, conviene advertir la DMRP, dentro del precepto que consagra la regla *debtor-in-possession* (art. 5), separa los distintos supuestos de nombramiento estableciendo unos que deben transponerse obligatoriamente («al menos en los siguientes casos», como dice el ap. 3) y otros que podrían contemplarse a criterio de los Estados miembros (ap. 2). Aunque la sistemática empleada no es la más adecuada, parece que la Ley de Reforma ha sido respetuosa con las exigencias de adaptación.

4.2.1. Nombramiento obligatorio

Bajo la rúbrica Nombramiento obligatorio de experto, el artículo 672 dispone que el nombramiento del experto “solo procederá en [determinados] casos”, lo que luego resulta desmentido por el artículo 673 al disciplinar el Supuesto especial de nombramiento. Ahora bien, dejando ahora a un lado esta incongruencia (quizás inevitable ante el galimatías de la DMRP) importa que nos refiramos a los supuestos que se agrupan en el artículo 672.

El primer supuesto se da cuando el nombramiento proviene de una solicitud del deudor (art. 672.1 núm. 1º). La simplicidad del enunciado («cuando lo solicite el deudor») releva al juez de una indagación sobre las causas o motivaciones de la solicitud del deudor. Por lo tanto, y como por otra parte exige el artículo 5.3

lit. c) DMRP, cualquier caso de solicitud del deudor será de nombramiento obligatorio, y ello con independencia de que la solicitud de nombramiento se haga en la propia comunicación de inicio de negociaciones (art. 586.1 núm. 8º), o se formule en momento posterior, cuando el deudor esté en mejores condiciones de apreciar la conveniencia o necesidad de contar con un facilitador del acuerdo con sus acreedores. No hay en la ley, ni debe haberlas en su interpretación, restricciones temporales a la presentación de la solicitud de nombramiento.

El segundo supuesto se corresponde con la solicitud de los acreedores (art. 672.1 núm. 2º). No de cualesquiera acreedores, sino de aquellos que representen más del cincuenta por ciento del pasivo computado en el momento de la solicitud y que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración que ya se negocie. Este supuesto es consistente con la previsión del artículo 5.3 lit. c) DMRP, que sin llegar a establecer un porcentaje sobre el pasivo impone la obligatoriedad del nombramiento «cuando [...] una mayoría de acreedores lo solicite»; y también lo es con la condicionalidad del supuesto de hecho de la norma transpuesta: «siempre y cuando [...] los acreedores carguen con los costes del administrador en materia de reestructuración» (exigencia que el art. 673.2 reitera al regular el supuesto especial de nombramiento). En relación con esta segunda exigencia, la norma doméstica la incorpora autorizando que la obligación de pago de la retribución la pueda asumir uno solo de los acreedores proponentes o algunos de ellos, y por tanto no necesariamente todos, y reconociendo además la ineficacia de la asunción de la obligación de pago por aquéllos cuando el plan de reestructuración homologado declarara dicha obligación de cargo exclusivo del deudor.

El tercer supuesto se justifica en el riesgo que para los acreedores supone el efecto de suspensión general de ejecuciones singulares que lleva aparejada la comunicación de inicio de negociaciones durante la moratoria o durante la prórroga de la suspensión (art. 672.1 núm. 3º). La norma doméstica transpone así el artículo 5.3 lit. a) DMRP, atribuyendo al juez —por propia iniciativa o a solicitud de los acreedores— la decisión razonada sobre la necesidad (y no la mera conveniencia) del nombramiento de un experto «para salvaguardar el interés de los posibles afectados por la suspensión». Ello supone, a nuestro modo de ver, que el experto entrará de lleno (y en contradicción con la limitación funcional que impone el artículo 679) en la función supervisora, sin control parcial de activos y negocios del deudor, pero sí con la obligación complementaria de presentar los informes que el juez le requiera en consideración a su necesidad o conveniencia para atender el interés del precurso. Con todo, lo que no permite la norma es que en estos casos se excepcione el sistema de nombramiento —el juez decide sobre la obligatoriedad del nombramiento de experto y lo nombra, pero no toma la iniciativa para su designación—, debiendo por tanto requerirse al deudor para que presente la correspondiente solicitud de nombramiento de experto, siguiéndose en todo lo demás el procedimiento ya examinado (contrariamente, Nieto Delgado, 2022:versión digital).

El cuarto y último supuesto se reconoce en aquellos casos en que el plan de reestructuración propuesto pretenda vincular a una clase de acreedores o a los socios disidentes (art. 672.1 núm. 4º), transponiéndose de esta manera el artículo 5.3 lit. b) DMRP. La norma de transposición, en efecto, está pensada para operar en los supuestos contemplados por el artículo 11 DMRP (rubricado *Reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías*), y ello en razón a la previsible, y aun segura, mayor lesividad de los planes de reestructuración que resultan aprobados con arreglo al conocido en otras jurisdicciones como *cross-class cram-down*. En tales casos, la intervención obligatoria de un experto no solo permitirá mitigar en alguna medida los efectos lesivos del arrastre de los disidentes hacia el voto dominante, sino que —lo que es acaso más importante— podría ilustrar al juez a la hora de adoptar su decisión sobre la homologación del plan de reestructuración forzosa. El control *ex post* del plan de reestructuración en la fase de homologación permitirá, en efecto, escrutar la legalidad de su contenido en los efectos potencialmente perjudiciales para las minorías.

A la mayor brevedad posible, y siempre «dentro del plazo de dos días a contar desde la solicitud», el juez nombrará al experto mediante auto (art. 672.3), ordenando la publicación de la designación, con identificación del experto, en el Registro público concursal. Se trata de una nueva muestra de la celeridad que quiere imprimírsele a todo trámite judicial en atención a los condicionamientos temporales del proceso de negociación.

4.2.2. Nombramiento especial (o contradictorio)

Junto a estos cuatro supuestos de nombramiento obligatorio, el artículo 673 (rubricado Supuesto especial de nombramiento de experto), ensancha las posibilidades de designación de un experto reconociendo la legitimación a una parte de los acreedores que estén en condiciones de razonar ante el juez la necesidad de hacerlo a la vista de las circunstancias concurrentes en el concreto proceso de negociación⁸. Los acreedores a quienes bajo estas condiciones se legitima han de representar al menos el treinta y cinco por ciento del pasivo computado en el momento de la solicitud y que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración que ya se negocie. La previsión es consistente con el artículo 5.2 DMRP, que abre la posibilidad de nombramientos no obligatorios «[c]uando sea necesario», lo que habrá de determinarse no a priori —como ocurre con los nombramientos obligatorios—, sino que «en cada caso concreto». La norma de

⁸ La Exposición de Motivos de la Ley de Reforma justifica la introducción de esta norma en la siguiente interpretación de la DMRP: «La Directiva exige la designación obligatoria de este experto en determinados supuestos, fuera de los cuales tampoco en la norma de transposición es necesario el nombramiento, salvo que el deudor o una mayoría de acreedores lo solicite.» Pero olvida que la DMRP autoriza la previsión del nombramiento, fuera de los supuestos de obligatoriedad, cuando sin ser obligatorio sea necesario en el caso concreto.

transposición pudo, no obstante, llegar más lejos, en sus previsiones utilizando la autorización de la DMRP («excepto en determinadas circunstancias en las que los Estados miembros puedan requerir que en todos los casos se nombre obligatoriamente a dicho administrador»), pero prefirió descartar el automatismo de los supuestos de nombramiento obligatorio y optar por un sistema de decisión contradictorio con mayor poder de decisión del juez.

Al requerir una valoración *ad casum*, estos supuestos de nombramiento requieren contradicción en los términos que establece la propia norma (art. 673.3). Así, recibida la solicitud de nombramiento de los acreedores legitimados, el juez le dará traslado al deudor para que alegue lo que a su derecho convenga. Las posibilidades que a este respecto considera la norma son las dos siguientes:

La primera, que el deudor se oponga razonadamente al nombramiento de experto. La oposición podrá fundarse, (a) bien en la no necesidad del nombramiento, (b) bien en la no concurrencia en el experto propuesto de las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones; o en ambas, conjuntamente, articuladas en la forma que más convenga al deudor.

La segunda, que el deudor, sin tener que negar la necesidad del nombramiento, ni que el experto propuesto reúna las condiciones necesarias para ser nombrado (o incluso negando ambas), solicite el nombramiento de un experto distinto al propuesto por los acreedores. Esta segunda posibilidad supone también oposición al nombramiento, pero al propio tiempo contendrá implícito el reconocimiento por el deudor de la necesidad del nombramiento. En todo caso, el deudor podrá optar por solicitar el nombramiento de otro experto, asumiendo expresamente la obligación de satisfacer la retribución del que proponga, pero sin necesidad de alegar que en el experto propuesto por los acreedores no concurren las condiciones necesarias para su nombramiento, aunque será inevitable que el razonamiento que despliegue necesite contraponer la mayor idoneidad de su candidato sobre el candidato de los acreedores. Cumpliéndose por ambos candidatos las condiciones necesarias para su nombramiento, el debate sobre la idoneidad para el ejercicio del cargo requerirá un ejercicio de gradualismo en la valoración de los perfiles, que corresponderá al juez para motivar adecuadamente su decisión.

También en este supuesto el juez resolverá mediante auto la solicitud de nombramiento. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con los supuestos de nombramiento obligatorio, el juez habrá de elucidar, antes que nada, si el nombramiento de experto es o no necesario en las circunstancias del caso. A nuestro modo de ver, solo cuando la necesidad de nombramiento sea apreciada, procederá —en la secuencia ideal del razonamiento judicial— que el juez pase a valorar la candidatura o candidaturas propuestas. Esta secuencia no es caprichosa: la refleja fielmente el propio artículo 673.4 cuando señala que el juez «determinará si, atendiendo a las circunstancias del caso, procede o no el nombramiento solicitado», añadiendo a renglón seguido que «en caso afirmativo, procederá al nombramiento del experto propuesto por los acreedores»; o por el propio deu-

dor, cabe interpretar, cuando habiéndosele dado traslado de la solicitud de los acreedores se oponga al nombramiento de aquellos y proponga una candidatura alternativa que compita con la primera.

Con todo, no parecería admisible que, habiendo tenido oportunidad de hacerlo con anterioridad si entendía que la intervención de un experto en el proceso de negociación del plan era necesaria, el deudor pretenda que su propuesta alternativa de nombramiento sea tratada bajo el régimen de la obligatoriedad (arg. ex art. 672.1 núm. 1°), desactivándose así el derecho que asiste a los acreedores primeramente solicitantes a la contradicción sobre su solicitud. Puede decirse que en estos casos la pasividad previa del deudor justifica la redistribución del poder de nombramiento, confiriendo un mayor margen de decisión al juez, a cuyo fin sirve la previa contradicción entre las partes. No cabe a nuestro juicio, por tanto, el tratamiento del supuesto especial como supuesto obligatorio de nombramiento por el mero hecho de que el deudor se oponga presentando su propia solicitud de nombramiento de un experto alternativo.

4.3. Solicitud de nombramiento

El nombramiento tiene que ser solicitado por cualquiera de los sujetos legitimados, a quienes corresponde la iniciativa con carácter exclusivo y excluyente. Del contenido de la solicitud, y de las evidencias documentales que han de acompañarla, se ocupa el artículo 672.2. La solicitud está concebida, quizás innecesariamente, como un mero documento de petición separado del escrito en el que los solicitantes han de razonar que el experto reúne las condiciones necesarias que la ley exige para el ejercicio del cargo. Nada impedirá, sin embargo, que solicitud y escrito de fundamentación se refundan en uno solo. Se trata de una cuestión menor, aunque quizá no tanto cuando la solicitud deba presentarse en formulario normalizado; pero en todo caso no debe distraernos del verdadero déficit que presenta la ley al no exigir que en los supuestos del artículo 673 el razonamiento del solicitante se refiera, además de lo que expresamente se pide para los supuestos del artículo 672.1, a la necesidad del nombramiento, que es la cuestión clave que debe dilucidarse para aquellos supuestos en este trámite. El defecto técnico no es reprochable al artículo 672.2, que se refiere únicamente a la solicitud y documentación que debe presentarse en los supuestos de nombramiento obligatorio, pero sí al artículo 673.2, que remite sin más precisión ni salvaguarda a los requerimientos del artículo 672.2.

Por lo demás, si excluimos de la documentación a aportar con la solicitud el escrito de fundamentación, los restantes documentos necesarios —aunque no necesariamente los únicos que podrían aportarse— que deben acompañar la solicitud son los dos siguientes:

La aceptación del experto para el caso de ser designado, así como la aceptación del importe y los plazos de devengo de la retribución que se hubiese pactado con sus proponentes (art. 672.2 núm. 2º).

La copia de la póliza del seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente que el experto propuesto tuviera vigente para responder de los posibles daños que pudiera causar con su actuación en el precurso (art. 672.2 núm. 3º).

4.4. Impugnación del nombramiento

Salvo en los supuestos especiales de nombramiento del experto, que como sabemos se someten a contradicción previa de los acreedores solicitantes y el deudor (art. 673), la tutela de los sujetos interesados en la reestructuración se difiere a la impugnación del auto de nombramiento. La automaticidad del nombramiento en los supuestos del artículo 672.1 impide que se pueda articular un mecanismo de oposición previa al nombramiento. La tutela podrá actuarse, por tanto, *ex post*.

Esta es la previsión contenida en el artículo 677 (rubricado Impugnación del nombramiento), según la cual procederá la impugnación del auto por los cauces del incidente concursal, al amparo de los requisitos de legitimación y los fundamentos materiales siguientes:

La legitimación para impugnar el auto —ya acceda al nombramiento, ya lo deniegue— corresponderá, sin más restricción, a quienes acrediten interés legítimo. Parece que, con carácter general, y sin ánimo de limitar el principio *pro actione*, estarán legitimados: (a) para impugnar el auto estimatorio del nombramiento, el deudor y los acreedores no solicitantes del nombramiento; y (b) para impugnar el auto denegatorio del nombramiento, el deudor solicitante del nombramiento (incluyendo la solicitud, presentada ex art. 673.3 en oposición a la de los acreedores) y los acreedores solicitantes. En ambos casos, también lo estará cualquier tercero que acredite interés legítimo.

El fundamento material de la impugnación queda circunscrito, en la literalidad de la norma, a los supuestos en que el auto acceda al nombramiento, no a los que lo deniegue. Pensando solo en tales supuestos, la impugnación podrá fundarse en que el experto nombrado (a) no reúne las condiciones establecidas en la ley para el acceso al cargo, (b) esté incurso el experto en incompatibilidad o prohibición, o (c) «no [tiene] cobertura o garantía adecuada» (no que falte el seguro o la garantía equivalente, sino que sea insuficiente para el riesgo y el interés de que se trate). A pesar de estar expresada, según nos parece, como un *numerus clausus*, la lista de motivos de impugnación es comprensiva de los principales, aunque no tan amplia como la que cabría construir, ante el silencio de la norma, para la impugnación del auto denegatorio del nombramiento solicitado, que podrá extenderse a cualquier infracción en que pueda incurrir el auto.

4.5. Remoción y sustitución

La tutela de los interesados se articula, además, a través de la posibilidad que el artículo 678 les reconoce de interesar la remoción y sustitución del experto⁹. Se trata de una alternativa a la impugnación del auto que puede ser más efectiva en cuanto, si bien se mira, se corta sobre el supuesto de nombramiento obligatorio del artículo 672.1 núm. 2º.

El parentesco entre esta norma y aquella es notorio. Lo es hasta el punto de que bien podría hablarse de una sustitución obligatoria del experto actual y de un correlativo nombramiento obligatorio del nuevo experto. Obsérvese, en este sentido, que la norma atribuye la legitimación para pedir al juez la sustitución del experto a los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo computado en el momento de la solicitud y que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración que ya se negocie. La norma utiliza la misma dicción empleada por el artículo 672.1 núm. 2º, y le reconoce así a la mayoría un poder superior al del deudor y al de la minoría que obtuvieron el nombramiento del experto cuya sustitución ahora se pide. Se trata de un mecanismo extremadamente riguroso, ciertamente lo es, pero quizás también realista en cuanto es la mayoría quien tiene en su mano que el plan de reestructuración se apruebe y pueda someterse a la homologación del juez. Como para ello es preciso sustituir al experto que ya asiste a las partes en la negociación con escaso convencimiento de la mayoría, la norma facilita que la sustitución se consiga sin grandes problemas.

Al igual que ocurre con el supuesto del artículo 672.1 núm. 2º, la norma que venimos examinando no pide que los solicitantes de la remoción del experto justifiquen la necesidad material de la sustitución, de tal forma que el juez queda impedido de indagar sobre ello y de operar con presunciones o sesgos (cfr. Sancho Gargallo, 2020:446-461). Debe asumirse, por tanto, que la solución legal otorga carta de naturaleza a la preeminencia de la mayoría del cincuenta por ciento del pasivo afectado por el plan sobre la posición del deudor (672.1 núm. 1º) y sobre la posición de la minoría del treinta y cinco por ciento del pasivo afectado por el plan (art. 673). No hay intersticios en los que pueda el juez crear autónomamente una regla distinta a la regla legal.

La solicitud de sustitución se tramitará como cualquier solicitud de nombramiento obligatorio, acompañándose de los documentos exigidos por el artículo 672.2 núms. 1º, 2º y 3º —antes examinados—, y del compromiso de los solicitantes (de uno, de varios o de todos) de asumir la obligación de pago de la

⁹ La opción de la Ley de Reforma parece respetuosa con la DMRP, cuyo considerando 88 declara que «[l]os Estados miembros deben poder determinar el procedimiento para oponerse a la selección o al nombramiento del administrador concursal o para solicitar la sustitución de este [...]». Lo es salvo que se entienda que el «procedimiento para oponerse» se refiere a una oposición previa al nombramiento, como parece entender, por ejemplo, Nieto Delgado, 2022:versión digital.

retribución del experto, quedando sin efecto la obligación de pago si el plan de reestructuración que resultara homologado previera expresamente que la retribución corre de cuenta del deudor¹⁰.

Conforme dispone el artículo 676.1 (regla primaria), el juez habrá de realizar el nombramiento del experto sustituto (y cesar al sustituido) siempre que, como dice expresamente la norma, la persona propuesta «[reúna] las condiciones establecidas en [la] ley», que son las establecidas por los artículos 674, 675 y 681.2. En este caso, el juez acordará la sustitución mediante auto, que podrá impugnarse por los motivos y por el cauce previsto en el artículo 677. En caso contrario, en lugar de dictar auto aplicará la que hemos denominado regla secundaria (art. 676.1), debiendo requerir a los solicitantes una segunda propuesta que habrá de incluir una terna de posibles expertos sobre los que decidirá, en su caso, si se cumplen las condiciones requeridas para ello.

5. (SIGUE) RÉGIMEN ESPECIAL DE MICROEMPRESAS

Aunque incidentalmente hemos interpolado el régimen general común con algunas especialidades (no todas) que conforman el régimen especial de microempresas, presentaremos ahora de forma sistemática el cuadro completo de previsiones que habrán de tenerse en cuenta y aplicarse al experto en la reestructuración que actúe en el precurso de estas empresas cuando el cauce elegido sea el procedimiento especial de continuación. Solo en este caso, porque cuando el precurso de la microempresa se siga por el procedimiento de liquidación no cabe el nombramiento de un experto en la reestructuración sino de un administrador concursal.

5.1. Especialidades relativas al nombramiento

En el precurso de microempresas el nombramiento de experto no es necesario. Podrá solicitarse al juez por el deudor o por acreedores que representen

¹⁰ No parece que los acreedores que representan la mayoría del pasivo puedan interesar la sustitución del experto que hubiera sido designado a instancia suya. Así se ha defendido desde la judicatura: «el experto nombrado por el 50% de los acreedores parece que es absolutamente inamovible, por justa causa que concurra para su cese (ni siquiera pueden remover el nombramiento el 50% de acreedores que lo instaron)» (Nieto Delgado, 2022: versión digital]. La norma debe recibir, a nuestro juicio, otra interpretación. Que los acreedores mayoritarios puedan pedir la sustitución del experto nombrado a solicitud del deudor o, en su caso, de una minoría de acreedores, no significa que les esté impedido poder pedirla cuando el nombramiento del experto se produjo a instancia suya. Esta restricción requeriría una *regla de prohibición*, y lo único que puede apreciarse en el artículo 678.1 es una norma de permiso. Que el permiso se explicita solo para los dos supuestos mencionados no puede significar que quienes tienen poder para solicitar el nombramiento de un experto lo pierdan fatalmente para pedir su sustitución por otro cuando las circunstancias revelen cualquier disfunción en la actuación de aquel.

un determinado porcentaje del pasivo, que varía según los casos (el veinte por ciento o el cuarenta por ciento del pasivo total: art. 704.1 y 2). La iniciativa solo les corresponde a ellos, y el nombramiento al juez.

Cabe, no obstante, la oposición al nombramiento interesado tanto por el deudor como por los acreedores que representen aquellos porcentajes minoritarios del pasivo total. Los supuestos pueden ser los dos siguientes:

La oposición la formulan acreedores que representan «la mayoría del pasivo» (i.e. el cincuenta por ciento o más del pasivo total). En este supuesto, la solicitud de nombramiento será rechazada, como regla. Ahora bien, siendo esta la regla, la excepción podrá darse cuando el nombramiento sea necesario, pero solo a efectos de que el experto realice las valoraciones previstas o entable las acciones rescisorias o de responsabilidad previstas en el procedimiento especial.

La oposición la formula el deudor frente a la solicitud presentada por acreedores que, al amparo del artículo 704.2, piden el nombramiento del experto con funciones de sustitución de las facultades de administración y disposición del deudor. En este supuesto, el juez no podrá denegar el nombramiento solicitado, sino decidir únicamente si nombra al experto con funciones de sustitución o con meras facultades de intervención, dependiendo de que deudor acredite que no se encuentra en situación de insolvencia actual¹¹.

Fuera de los casos de oposición, si existiera mutuo acuerdo entre el deudor y los acreedores cuyos créditos representen más del cincuenta por ciento del pasivo total, el nombramiento recaerá en el experto de su elección, debiendo comunicarse al juzgado, a efectos de la formalización del nombramiento, junto con la solicitud o en los cinco días siguientes a su presentación. En caso no alcanzarse un acuerdo bajo estas condiciones, «el nombramiento se realizará por el juez siguiendo el procedimiento previsto en el libro segundo para el nombramiento de experto por el juez» (art. 704.6). Este procedimiento no es, como dice la Exposición de Motivos, un nombramiento sobre las listas de expertos en la reestructuración¹², sino conforme a las reglas, ya examinadas, que se contienen en el artículo 676 (cfr. Fuentes Devesa, 2016:183-218).

¹¹ Dada la dicción del artículo 704.4, cabría reconocer un tercer supuesto de oposición, a raíz del inciso «o, *en todo caso*, los acreedores que representen la mayoría del pasivo». Hipotéticamente, la oposición correspondería a acreedores que representen la mayoría del pasivo frente a la solicitud presentada por otros acreedores que, al amparo del artículo 704.2, pidieran el nombramiento del experto con funciones de sustitución de las facultades de administración y disposición del deudor. Lo que ocurre es que, bien miradas las cosas, este supuesto queda embebido en el que recoge el artículo 704.3, tratado en el texto como *sub i*, de manera que no se entiende bien qué ha querido decir la norma con el inciso entrecomillado.

¹² La Exposición de Motivos discuerda del texto articulado al decir que «[s]i no hay acuerdo, el nombramiento del experto se producirá por el juez de entre los inscritos en las listas de expertos en la reestructuración.»

5.2. Especialidades relativas a las funciones

Desde el punto de vista funcional, con carácter general «[e]l experto *en ningún caso* interviene o supervisa los poderes de administración y disposición patrimonial del deudor»¹³. Ahora bien, las funciones del experto en la reestructuración se amplían en el procedimiento de continuación, en el que podrá asumir no solo facultades de propuesta del plan de continuación, de emisión de opiniones técnicas sobre cualquiera de los extremos susceptibles de afectar a la formación de la voluntad de los acreedores en relación con el plan, y de mediación entre el deudor y sus acreedores, sino además —lo que es más importante— las funciones de intervención o sustitución de las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor cuando se produzca alguna de estas situaciones. Puede decirse, por tanto, que el experto goza de polivalencia funcional según intervenga en un precurso de régimen general o en un precurso de microempresas en la modalidad de procedimiento de continuación.

6. EL ESTATUTO DEL EXPERTO

El capítulo II del título IV del libro segundo dedica tres preceptos al estatuto del experto: el artículo 679 (*Funciones del experto*), el artículo 680 (*Deberes de diligencia, independencia e imparcialidad*) y el artículo 681 (*Responsabilidad civil del experto*). De las funciones ya nos hemos ocupado al inicio del capítulo para facilitar la comprensión de la figura según su configuración funcional. Nos resta, por lo tanto, examinar los deberes y la responsabilidad del experto, como cuestiones del régimen general común, pero añadiremos, por las razones que luego se expondrán, la previsión que el artículo 704.7 contiene sobre la retribución del experto en el régimen especial de microempresas.

6.1. Deberes

La introducción de una norma específica sobre los deberes que pesan sobre el experto en el ejercicio de las funciones propias del cargo corre paralela a la modificación del artículo 80, dedicado a la regulación de los deberes del administra-

¹³ Así se lee en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma, que explica la opción político-legislativa en los siguientes términos: «El diseño que ha hecho la ley de esta figura, dentro de los diferentes modelos que permite la Directiva, es más próximo a la figura de un mediador que facilite la negociación entre las partes, ayude a deudores con poca experiencia o conocimientos en materia de reestructuración, y eventualmente facilite las decisiones judiciales cuando surja alguna controversia entre las partes. Su función material más relevante quizás sea la responsabilidad de elaborar un informe sobre el valor en funcionamiento de la empresa en caso de planes no consensuales. *El experto en ningún caso interviene o supervisa los poderes de administración y disposición patrimonial del deudor. De ahí que se haya optado por esa denominación, en lugar de la que utiliza la Directiva.*»

dor concursal. Salvo alguna cuestión menor, tanto una como otra norma identifican tres deberes comunes al experto en la reestructuración y al administrador concursal: diligencia, independencia e imparcialidad. Esta homogeneización de deberes tiene su origen en el planteamiento que a este respecto hace la DMRP por referencia a los que genéricamente llama «administradores concursales», bajo cuya denominación caen «los administradores en materia de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas» [art. 26.1 lit. a) y considerando 87 DMRP]. Todos ellos comparten una regulación común en ciertos aspectos. Así, por ejemplo, y por lo que ahora interesa, el artículo 27.1 DMRP reclama que los Estados miembros garanticen que desempeñen sus funciones (i) «de forma eficiente y competente» y (ii) en relación con las partes implicadas en la situación de insolvencia o preinsolvencia, «de manera imparcial e independiente»; estableciendo a tal fin «medidas para que respondan de sus actos [cuando] hayan incumplido [sus deberes]» (Veder, 2021b:283-285). Ello no quiere decir, sin embargo, que el contenido y alcance de cada uno de estos deberes sea necesariamente coincidente en ambos órganos.

6.1.1. Diligencia

Lo primero que pide el artículo 680 es que el desempeño del experto en la reestructuración se produzca con «la diligencia propia de un profesional especializado en reestructuraciones». Aunque el parámetro de conducta se remite al estándar medio de los profesionales de la reestructuración, no puede quedar desligado de la naturaleza del encargo, que puede variar en atención a las funciones que en cada caso, estadio y régimen del precurso le vienen conferidas al experto. Como hemos visto, el artículo 679 atribuye al experto las funciones de asistir al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración, y de informar al juez mediante la elaboración y presentación de aquellos informes exigidos por la ley o que el propio juez considere necesarios o convenientes. Pero no cabe olvidar que, más allá de esta configuración funcional básica, el experto debe de ser nombrado expresamente para conjurar los riesgos asociados a la suspensión general de ejecuciones singulares que lleva aparejada la comunicación de inicio de negociaciones durante la moratoria o durante la prórroga de la suspensión (art. 672.1 núm. 3º); como tampoco puede perderse de vista que también asume, en el precurso de microempresas tramitado por el procedimiento de continuación (art. 704), facultades de propuesta del plan, de emisión de opiniones técnicas, y de mediación entre el deudor y sus acreedores, e incluso funciones de intervención o de sustitución de las facultades de administración y disposición del deudor.

El cumplimiento del deber de diligencia habrá de comprobarse confrontando la conducta efectivamente realizada u omitida y las funciones que tenga asignadas el experto en el concreto precurso, de tal manera que la configuración del deber no es rígida sino elástica. La diligencia exigible a un profesional espe-

cializado en reestructuraciones dependerá, en todo caso, de las necesidades que la reestructuración reclame al experto y para las que el experto esté investido de las funciones que le permitan atenderlas y, en su caso, satisfacerlas.

6.1.2. Independencia e imparcialidad

Junto al deber de diligencia, la ley impone al experto un deber de independencia y un deber de imparcialidad. Aunque el artículo 680 no los defina, no es difícil entender que la independencia exigirá al experto analizar cada situación para, en su caso, abstenerse de actuar cuando pudiera verse comprometida su objetividad, mientras que imparcialidad permitirá controlar las reacciones del experto frente a determinadas influencias provenientes del proceso de negociación que comprometen su objetividad. Para prevenir estas situaciones ya hemos visto que el artículo 675 establece un conjunto de incompatibilidades y prohibiciones cuya concurrencia impediría que el experto fuera propuesto y nombrado, o en caso de serlo, le impediría aceptar la designación; de la misma manera que si sobrevenidamente a la aceptación concurriera alguna de aquellas causas, o pudiera el experto ver comprometida por cualquier razón su imparcialidad, habría de abstenerse de continuar en el ejercicio de sus funciones.

6.2. Responsabilidad civil

La infracción de los deberes de diligencia, independencia e imparcialidad determina la responsabilidad del experto por los daños y perjuicios que su comportamiento cause al deudor o a los acreedores (art. 681.1). Se trata típicamente de una categoría de responsabilidad civil por culpa, en razón a los daños y perjuicios causados al deudor o a los acreedores como consecuencia de la infracción de los deberes legales en el ejercicio de las funciones de experto (cfr. Quijano González, 2007:17-38, y 2013:versión digital). Esos deberes legales remiten a las reglas de la profesión u oficio (*lex artis*) comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias de un caso. Nos encontramos ante un estándar, una clase de norma que impone un modelo de conducta al experto y cumple una función directiva. Dicho de otra forma: el estándar no prescribe qué debe hacer el experto, sino cómo debería actuar para hacer aquello a lo que viene obligado en el proceso de reestructuración ejercitando las funciones que le son propias. El alcance normativo de la conducta exigible al experto no se conoce antes de la actuación individual, solo se puede confirmar *ex post facto* (cfr. Seoane, 2022:275-300).

El supuesto de responsabilidad comporta el nacimiento de la correspondiente acción para exigirla por los cauces del incidente concursal (art. 681.3). Dispondrán de la acción contra el experto tanto el deudor como los acreedores, quienes habrán de probar la existencia de un daño sobrevenido a su patrimonio como

consecuencia del comportamiento antijurídico que sea, por acción u omisión, imputable del experto; sin olvidar que, existiendo un seguro de responsabilidad civil, el perjudicado podrá ejercitar una acción directa contra el asegurador a fin de obtener su prestación indemnizatoria (art. 76 LCS).

La responsabilidad civil por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones contractuales o extracontractuales del experto no es incompatible con la exigencia de una responsabilidad penal o incluso administrativa conforme a las reglas que las gobiernan. Tampoco lo sería el sometimiento de los expertos en la reestructuración a mecanismos de regulación y supervisión, como los que ofrece la DMRP (reducción de honorarios o exclusión de las listas), sin necesidad de establecer organismos específicos ni crear nuevas profesiones o cualificaciones (considerando 89 y artículo 27 DMRP). Aunque así ocurre en el régimen de los administradores concursales (por ejemplo, arts. 70 y 86.1 regla 4^a), sus disposiciones no son extrapolables a los expertos en la reestructuración, con una regulación mucho más parca, al menos de momento.

6.3. Retribución

Queda por considerar la cuestión relativa a la retribución del experto. Sobre ella no hay una previsión expresa en el régimen general común, al contrario de lo que ocurre con el régimen especial de microempresas. Sí la hay, por el contrario, en el régimen especial de microempresas (art. 704). Extrapolar la previsión especial al régimen general común no tendría mayor problema si no fuera porque la ausencia de norma general pudiera obedecer a alguna razón que justifique la inaplicación.

En realidad, el artículo 704.7 está pensado para operar en un procedimiento especial de continuación, en el que el nombramiento de experto presenta una configuración funcional significativamente distinta a la que es propia del régimen general común. Cabe pensar, por ello, que existiendo en el precurso de microempresas un proceso jurisdiccional abierto que cursa bajo la dirección del juez, la finalidad de la norma sería suministrar al órgano judicial los criterios básicos para determinar el sujeto obligado al pago y la forma de determinación de la cuantía de la retribución. Tales criterios son, según la norma: (i) que el obligado al pago de la retribución del experto es siempre el solicitante de su nombramiento; (ii) que la determinación de la cuantía se hará mutuo acuerdo entre el deudor y los acreedores que representen la mayoría del pasivo, salvo que los acreedores, como solicitantes del nombramiento, hayan asumido voluntariamente el coste de la retribución en la cuantía acordada con el experto; (iii) y que, a falta de acuerdo, la cuantía quedará fijada por aplicación del arancel de administradores concursales.

No parece, sin embargo, que sea necesario asegurar estas previsiones mínimas en los concursos de régimen general común, pues ni se tramitan como

procesos jurisdiccionales, ni presentan razones que justifiquen la aproximación (al menos en materia retributiva) del estatuto del experto al estatuto del administrador concursal. La determinación de honorarios por arancel es siempre excepcional de la regla de mercado, y por eso la retribución del experto en estos casos debe quedar determinada, antes de su nombramiento, como consecuencia del acuerdo al que lleguen los solicitantes con el experto. Esta es la solución que acoge la Ley de Reforma, pues de otra manera no se entendería que el artículo 672.2 núm. 2º, al señalar los documentos que deben acompañar a la solicitud de nombramiento, pida «la aceptación del importe y los plazos de devengo de la retribución que se hubiese pactado [con el experto]». Por lo demás, si se trata de un documento que no puede faltar para que el juez, en su caso, proceda al nombramiento, no parece que tras la aceptación del experto nombrado puedan surgir disputas sobre la cuantía de la retribución, previamente pactada y obligatoria para las partes, salvo en lo tocante a la determinación del componente variable, si estuviera previsto.

Para responder a todos los interrogantes, debe añadirse, por último, que las disputas que se susciten sobre quién viene obligado al pago de la retribución han de resolverse por aplicación de una regla propia del régimen general común, que se infiere sin dificultad de los artículos 672.1, 673.2 y 678.2: el obligado al pago es, según los casos, bien el deudor solicitante, bien los acreedores solicitantes, salvo que, en este segundo caso, el plan de reestructuración homologado por el juez previera expresamente que la retribución del experto corresponde al deudor.

7. REFERENCIAS

- Dammann, R. (2021): VV.AA., *European Preventive Restructuring: Directive (EU) 2019/1023. Article-by-Article Commentary*, Beck/Hart/Nomos: München/Oxford/Baden-Baden, 35-59, 61-63, 146-166.
- Espigares Huete, J. C. (2016): «Las prohibiciones legales para el cargo de administrador concursal», VV.AA., *La Administración concursal. VII Congreso Español del Derecho de la Insolvencia*, Thomson Reuters-Civitas: Pamplona, 105-145.
- Fuentes Devesa, R. (2016): «La designación por turno. La designación judicial», VV.AA., *La Administración concursal. VII Congreso Español del Derecho de la Insolvencia*, Thomson Reuters-Civitas: Cizur Menor, 183-218.
- Martín Torres, A. (2021): «El experto en la reestructuración», *I&R* (3), 199-210.
- (2022): «La figura del experto en la reestructuración en la Ley de reforma del Texto refundido de la Ley Concursal», *I&R* (7), 213-235
- Martínez Sanz, F. (2022): «Aproximación al experto en reestructuraciones en el Proyecto de Ley de reforma del Texto refundido de la Ley Concursal», *I&R* (6), 17-43.
- Nieto Delgado, C. (2020): «Capítulo 3. Funciones de la administración concursal en el nuevo marco regulatorio de las insolvencias (reestructuración y concurso)», VV.AA.,

- Hacia un nuevo modelo de administración concursal eficiente. Una aspiración legítima a la luz de la Directiva 2019/1023*, Wolters Kluwer: Madrid, versión digital.
- (2022): «El experto en materia de reestructuración: el laberinto del nombramiento», *Boletín Mercantil Lefevbre* (110), versión digital.
- Quijano González, J. (2007): «La responsabilidad de los administradores concursales», *RCP* (7), 17-38.
- (2013): «La responsabilidad de los administradores concursales tras la reforma de la Ley Concursal», VV.AA., *Estudios de Derecho mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Thomson Reuters-Civitas: Pamplona, versión digital.
- Roncero Sánchez, A. (2016): «El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales», VV.AA., *La Administración concursal. VII Congreso Español del Derecho de la Insolvencia*, Thomson Reuters-Civitas: Pamplona, 245-290.
- Sancho Gargallo, I. (2020): «*Judge craft*: el oficio o arte de juzgar», *InDret* (4), 446-461.
- Sanjuán y Muñoz, E. (2020): «Capítulo 4. La figura del *practitioner* en los procedimientos de reestructuración preventiva: la importancia de la objetividad a la hora de extender sacrificios. Funciones», VV.AA., *Hacia un nuevo modelo de administración concursal eficiente. Una aspiración legítima a la luz de la Directiva 2019/1023*, Wolters Kluwer: Madrid, 195-224.
- Seoane, J.A. (2022): «Lex Artis», *AFD* (38), 275-300.
- Veder, M. (2021a): «Article 26. Practitioners in procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt», VV.AA., *European Preventive Restructuring: Directive (EU) 2019/1023. Article-by-Article Commentary*, Beck/Hart/Nomos: München/Oxford/Baden-Baden, 278-282.
- (2021b): «Article 27. Supervision and remuneration of practitioners», VV.AA., *European Preventive Restructuring: Directive (EU) 2019/1023. Article-by-Article Commentary*, Beck/Hart/Nomos: München/Oxford/Baden-Baden, 283-285.
- Yanes, P. (2023): *El precurso de acreedores (Estudio sistemático y práctico de los Libros II y III de la Ley Concursal tras su adaptación a la Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia)*, Thomson Reuters-Civitas: Cizur Menor.