



**CÍRCULO
DE EMPRESARIOS**
ideas para crecer

Propuestas de mejora del Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal

Julio 2022





Consideraciones Generales

El Consejo de Ministros aprobó el pasado 14 de enero el **Proyecto de Ley de Reforma del texto refundido de la Ley Concursal para trasponer 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 medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas. El objetivo último de la Directiva, además de armonizar la regulación de los Estados miembros en materia de insolvencia, es **facilitar la reestructuración temprana de empresas económicamente viables, pero con dificultades financieras**. El proyecto de Ley publicado, que se encuentra en tramitación urgente en las Cortes, plantea una **reforma profunda del ordenamiento concursal español** más allá de lo estipulado en la Directiva con la pretensión de solventar limitaciones e ineficiencias que presenta el sistema actual y que, con frecuencia, impiden lograr soluciones para que empresas viables con dificultades financieras eviten llegar al concurso o la liquidación.

Desde el espíritu del **Círculo de Empresarios**, como centro de pensamiento y debate, de contribuir con reflexiones y propuestas al progreso económico y social de España se **ha analizado desde una perspectiva empresarial la reforma** del texto refundido de la Ley Concursal. Un grupo de socios expertos, liderado por Isabel Dutilh, presidenta del Grupo de trabajo de Seguridad Jurídica, ha identificado aquellos aspectos de la reforma que, por infringir la Directiva o por su falta de concreción o su alcance, convendría cambiar, explicitar o mejorar en la tramitación parlamentaria para lograr los objetivos buscados con mayor seguridad jurídica y sin generar incertidumbre.

El proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (“TRLR”) para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 (la “Directiva”), sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de las deudas e inhabilitaciones (el “Proyecto”) modifica totalmente el Libro II del TRLC, dedicado al derecho preconcursal.

En general, se trata de una buena norma que introduce en el derecho español las modernas herramientas de reestructuración que facilitan que empresas que estén atravesando dificultades económicas anticipen la solución a la crisis mediante acuerdos que les permitan reestructurar tanto el activo como el pasivo. Y ello, además, se puede realizar mediante intervenciones quirúrgicas -se permite elegir el pasivo afectado- que evitan llegar a la situación traumática que supone un concurso de acreedores.

Esta opinión favorable para el Proyecto se puede hacer extensiva también a partes del Libro I, entre las que podemos destacar la introducción de un procedimiento que permita anticipar la venta de unidades productivas – reduciendo la pérdida de valor de las mismas – o una indudable mejora en la redacción del régimen de exoneración del pasivo insatisfecho que permite que las personas físicas que han atravesado por dificultades económicas puedan volver a empezar con una nueva actividad (la famosa segunda oportunidad).

Pero la opinión positiva, sin perjuicio de que la redacción de algún precepto pueda ser mejorada, sobre el proyecto de Ley **no puede extenderse ni al Libro III, ni al tratamiento del crédito público**.



En concreto, el Libro III se refiere a un **procedimiento para microempresas que, como idea, resulta muy atractiva**. Es evidente que tienen unas características diferentes a las de empresas más grandes, en cuanto a la complejidad de su activo y pasivo, pero también en que necesitan soluciones más ágiles y económicas que les permitan superar las dificultades económicas en menos tiempo y con menos coste. Ahora bien, el **proyecto de Ley recoge que**, salvo que los acreedores soliciten el nombramiento de un administrador concursal, **será el deudor (microempresa) quien liquide la masa activa a través de una plataforma electrónica con apoyo de representación letrada y procurador**. Se han de elegir diferentes alternativas o módulos mediante una serie de formularios en línea (que no se conocen a día de hoy) que, se supone, permitirán al deudor interactuar con el juzgado (que intervendrá mínimamente). Este **modelo de resolución de la crisis empresarial** está **alejado de la realidad económica española**, es más propio de modelos de “*debtor in possession*” anglosajones y, sobre todo, desconoce **la realidad de los juzgados españoles**, así como los métodos tecnológicos y humanos de los que disponen para hacer su trabajo. **Sería deseable una mayor participación de la administración concursal en la supervisión del procedimiento**.

Además, el proyecto de Ley pretende reforzar el crédito público hasta límites insospechados (desviándose de la Directiva y además desoyendo no sólo las advertencias de la Comisión Europea, sino también del Consejo de Estado). No sólo se dificulta la afectación del crédito público vía exoneración o inclusión en una reestructuración, sino que, además, pretende obligar a los demás acreedores a garantizar su pago (de otra forma, se podrá resolver por incumplimiento la reestructuración).

Este régimen de sobreprotección del crédito público frente a los demás, puede imposibilitar la satisfactoria reestructuración de los deudores. En este sentido, el legislador parece olvidar que la finalidad de las normas concursales es favorecer una economía saneada, con empresas y unidades productivas viables en funcionamiento, lo que supone a su vez que se pueda resolver con agilidad y seguridad jurídica las situaciones de dificultades. Esa es la mejor garantía del crédito público.



Propuestas de modificación

1. Créditos de derecho público

La concesión a los empresarios de la oportunidad real de afrontar una reorganización empresarial para recuperar su viabilidad y evitar el concurso de acreedores requiere la implicación y sacrificio de todos sus acreedores, independientemente de si son de ámbito privado o público. En este sentido, en materia de reestructuración preconcursal, la Directiva no contempla ninguna exención o exclusión a favor del acreedor público. En su artículo 1.5 permite a los Estados miembros excluir de los marcos de reestructuración preventiva solo a los créditos existentes o futuros de antiguos trabajadores o de trabajadores actuales; las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad, o los créditos derivados de la responsabilidad extracontractual del deudor.

Tampoco en materia de exoneración del pasivo insatisfecho, la Directiva contempla que el crédito público pueda quedar al margen de la exoneración. La Directiva ordena a los Estados miembros que velen porque *“los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas de conformidad con la presente Directiva”* (art. 20). Tampoco se menciona el crédito público en las excepciones o limitaciones al juego de la exoneración contemplados en el art. 23 de la Directiva. Es cierto que la lista de créditos mencionada en el art. 23, a diferencia de la del art. 1.5, es una lista abierta apoyada en la justificación objetiva (*“en caso de que tales exclusiones, restricciones o prolongaciones de plazos estén debidamente justificadas”*). No parece que el legislador comunitario pueda haberse “olvidado” de la deuda de derecho público entre aquellas respecto de las que concede al Estado miembro margen para excluirlas de la exoneración o limitar su afectación por la exoneración cuando son deudas con una relevancia estadística innegable entre el pasivo de las empresas. En este punto, el Proyecto de Ley incumple igualmente las recomendaciones del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial sobre la prevención y el tratamiento de la insolvencia.

No existe, ni en los Considerandos de la Directiva, ni en su articulado, precepto o mención algunos que permitan justificar o fundamentar que, en el esfuerzo de reestructuración de empresas viables o en el mecanismo comunitario de segunda oportunidad que el legislador comunitario impone en esta Directiva, el crédito de derecho público haya de quedar inmune.

El tratamiento del crédito de derecho público propuesto en el Proyecto de Ley es contrario al espíritu y a la letra de la Directiva, además de carecer de sentido desde el punto de vista económico porque impedirá (de no ser corregido) lograr el objetivo pretendido por la Directiva de recuperación empresarial y consolidación de un mecanismo justo y eficaz de fomento del emprendimiento empresarial.

De no rectificarse en el trámite parlamentario, España se enfrentará a un casi seguro procedimiento de infracción de la normativa comunitaria (por violación de lo previsto en los arts. 291 y ss. de los Tratados, en relación con lo previsto en los arts. 30 y 34 de la Directiva). Ello obligaría a España, por vía coercitiva, a subsanar en última instancia este extremo. Pero hasta ese



momento, el derecho español habrá carecido de una normativa coherente con la Directiva, con lo que la afectación al tejido empresarial español habrá sido enorme y, en gran parte, irreversible.

Por ello, se sugieren las siguientes modificaciones del proyecto de Ley:

- a) Ejecuciones administrativas: el Proyecto de Ley, en su artículo 605, sigue la línea de la vigente Ley Concursal (TRLC, artículo 592) de excluir las ejecuciones administrativas de los efectos de la comunicación por el deudor del inicio de negociaciones con los acreedores en lo relativo a acciones y procedimientos ejecutivos.

Con el fin de garantizar la viabilidad de los planes de reestructuración, deben asimilarse los efectos derivados de la comunicación de inicio de negociaciones de forma uniforme para todas las clases de acreedores y, por tanto, establecer la posibilidad de que las ejecuciones administrativas puedan verse suspendidas durante el periodo establecido en la norma. Las autoridades judiciales o administrativas podrían denegar la suspensión de ejecuciones singulares cuando dicha suspensión no sea necesaria o no cumpla el objetivo de favorecer las negociaciones de un plan de reestructuración, según prevé la Directiva (art. 6).

En la Directiva, la exclusión de la suspensión de ejecuciones por parte de acreedores públicos no se encuentra integrada entre las circunstancias y requisitos establecidos de que no resulte probable que la ejecución ponga en peligro la reestructuración de la empresa y de que la suspensión vaya a perjudicar injustamente a los acreedores de dichos créditos. El blindaje general concedido por el Proyecto de Ley a las ejecuciones de créditos públicos infringe por ello la necesidad de atender a las circunstancias concretas, como impone la Directiva (como oportunamente denuncia en su informe el Consejo de Estado).

Pero es que, incluso si en el trámite parlamentario no se corrigiera, la infracción de la Directiva denunciada y se mantuviera la sobreprotección del crédito público, el art. 605 debería en todo caso suprimirse por propia coherencia interna del Proyecto de Ley, porque (a) los créditos públicos pueden verse afectados por la reestructuración conforme al art. 616 bis (no tiene sentido que no se paralicen las ejecuciones singulares de los mismos con el fin de favorecer la reestructuración) y (b) el art. 606 declara que la prohibición y suspensión de ejecuciones no se aplicará a las reclamaciones de créditos que no puedan quedar afectados por el plan de reestructuración (lo que, *a sensu contrario*, implica que la paralización/suspensión sí debe aplicar a los que puedan quedar afectados por el plan). Se propone en consecuencia suprimir el art. 605.

- b) Créditos afectados por los planes de reestructuración: el proyecto de Ley (art. 616.2 y 616 bis) establece la posibilidad de que los créditos de derecho público puedan verse afectados por los nuevos planes de reestructuración en condiciones tales que, en la práctica, equivalen a una “inmunidad” frente a la reestructuración empresarial.
- i. En efecto, el art. 616.2 del Proyecto exige como condiciones de la afectación que *“el deudor acredite, tanto en el momento de presentar la comunicación de apertura de negociaciones, como en el momento de solicitud de homologación judicial del plan, que se encuentra al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social”* y *“que los créditos tengan una antigüedad inferior a dos años, computados desde la fecha de su devengo de acuerdo con la normativa tributaria y de*



la Seguridad Social hasta la fecha de presentación en el juzgado de la comunicación de apertura de negociaciones”.

Con estos requisitos para la “afectación”, se concede al crédito público en fase preconcursal un privilegio del que no goza en concurso en el que, como el resto de los acreedores, está sujeto a la regla de la comunidad de pérdidas, con el rango o clasificación que le corresponda. Mientras que los créditos tributarios con antigüedad superior a 2 años soportarán en el concurso (haya convenio o haya liquidación) la misma pérdida que la que soporten los acreedores privados de idéntica clase, en fase preconcursal no pueden quedar afectados, lo que, obviamente, implica que tienen que ser satisfechos, generándose un trasvase injustificado e ineficiente de recursos de los acreedores privados a los públicos.

- II. La afectación que se permite en el Proyecto de Ley tampoco es conforme a la Directiva puesto que el art. 616 bis del Proyecto de Ley impone un plazo de satisfacción íntegra de 12 meses, o incluso de 6 meses (si se tratara de créditos ya aplazados o fraccionados previamente) y, en todo caso, de 18 meses desde la fecha de comunicación de apertura de negociaciones. La Directiva impone a los Estados miembros asegurarse de que los deudores *“tengan acceso a un marco de reestructuración preventiva que les permita reestructurar, con el fin de evitar la insolvencia y garantizar su viabilidad [...] protegiendo así el empleo y manteniendo la actividad empresarial”* (art. 4.1), imperativo necesariamente incumplido cuando se impone, para la viabilidad de la empresa, un plazo extremadamente corto de pago a favor del acreedor público (al margen del privilegio que pueda o no corresponderle en el concurso), se constituye al resto de los acreedores afectados en “co-garantes” pues la reestructuración fracasará si no se cumple este plazo, como el segundo párrafo del art. 671.1 o el 654.8.º del Proyecto de Ley intencionadamente enfatizan (en perjuicio de los restantes acreedores afectados por la reestructuración), y se incumple, flagrantemente, la prueba del interés superior de los acreedores (arts. 2.1 (6), 10.2.(d), 14.1 (a) Directiva). La prohibición de la quita respecto de los acreedores de derecho público en el art. 616 bis.1 (en donde eufemísticamente se la denomina *“reducción de su importe”*) es igualmente contraria a la Directiva e incoherente con el propio Proyecto de Ley, pues en el ámbito del procedimiento de micro-empresas del Libro III sí caben las quitas para los créditos de derecho público (art. 698.6, con la excepción allí señalada), y también en el convenio del Libro I (art. 318.2).
- III. La atribución a los acreedores de derecho público del derecho a instar la resolución del plan, en cuanto a los efectos respecto de los créditos públicos, en caso de incumplimiento del art. 671.1 *in fine* también es contraria a la Directiva.

Esta aproximación, además de contrariar frontalmente la Directiva, resulta totalmente insuficiente e ineficaz.

Se propone así:

- La supresión del art. 586.1.10.º;
- La supresión de los tres últimos párrafos del art. 616.2;



- La supresión del art. 616 bis.2 y del inciso “*la reducción de su importe*” del art. 616 bis.1.
- La supresión del inciso “*y, en el caso de que se pretenda que el plan de reestructuración afecte al crédito público de los certificados emitidos por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social que acrediten el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 616.2.1.º*” del art. 643.3;
- La supresión del art. 671.1 *in fine*;

Se sugiere, por tanto, la exclusión de las condiciones que prevé el nuevo texto para la afectación de los créditos de derecho público a los planes de reestructuración. Como alternativa, y siguiendo la senda marcada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 16 de marzo de 2017 (Asunto C-493/15), se podría plantear la posibilidad de afectar el crédito público a los planes de reestructuración cuando su naturaleza se asemeje o coincida con la de un acreedor de otro tipo, como sería el caso de la financiación y/o ayudas otorgadas por organismos como CDTI, CESCE, etc. Adicionalmente, y aunque quizás más problemático por cuanto obedece a un supuesto de hecho distinto, se sugiere la posibilidad de afectar el crédito público a los planes de reestructuración cuando éste provenga de la aplicación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

- c) Agrupación de los acreedores públicos como una única clase, prescindiendo del central concepto de la “*comunidad de intereses*” de la Directiva.

El art. 9.4 de la Directiva impone a los Estados velar porque las partes afectadas “*sean tratadas en categorías separadas que reflejen una comunidad de intereses suficiente basada en criterios comprobables, con arreglo a la normativa nacional*”, permite singularmente que los Estados miembros dispongan que los créditos de los trabajadores se traten como una categoría propia (ídem Considerando (62)), no así con los créditos de derecho público. Por último, obliga a los Estados miembros a establecer medidas adecuadas para garantizar que la clasificación en categorías “*se realiza de modo que tenga particularmente en cuenta la protección de los acreedores vulnerables, como los pequeños proveedores*”.

Las clases son esenciales para la votación y aprobación por mayoría de los planes de reestructuración (art. 9.6 Directiva) y, por ello, se impone el escrutinio o la confirmación judicial de la correcta formación de las clases (arts. 9.5, 11.1 Directiva). La imposición del plan de reestructuración a acreedores disidentes dentro de una misma clase o a clases disidentes en su conjunto descansa sobre los principios de trato justo y equitativo a las distintas clases de acreedores (arts. 10.2 (b) y 11 Directiva).

De todo ello resulta que, salvo con relación a los créditos de los trabajadores o de acreedores vulnerables, la agrupación de acreedores a los efectos de la aprobación de la reestructuración debe hacerse sólo atendiendo a criterios de comunidad de intereses objetivos, con apoyo normativo. Por otra parte, la Directiva exige atender a criterios comparables, algo radicalmente en contra de atender a la mera condición subjetiva del acreedor.



Es claro que, en el trance concursal, existe una comunidad de intereses, de base normativa, entre todos los acreedores que compartan la misma clasificación (privilegiados singulares, privilegiados generales, ordinarios, subordinados o contra la masa). Por la misma razón, no existe comunidad de intereses alguna entre acreedores cuyos créditos tengan diferente clasificación. La comunidad de intereses que constituye la base de la formación de clases en la reestructuración preventiva debe igualmente atender a los derechos de los acreedores en la insolvencia (Considerandos (52) a (55); arts. 10 y 11 Directiva).

El Proyecto de Ley acoge con naturalidad todos estos principios y orientaciones en el art. 623.1 (*“La formación de clases debe atender a la existencia de un interés común a los integrantes de cada clase determinado conforme a criterios objetivos”*) y 623.2 (*“Se considera que existe interés común entre los créditos de igual rango determinado por el orden de pago en el concurso de acreedores”*).

Pero, en contra de todo ello, el art. 624 bis del Proyecto de Ley vulnera la Directiva. Así, se establece que los créditos de derecho público constituirán una clase separada entre las clases de su mismo rango concursal, impidiendo con ello la realización de sus objetivos (fomentando actuaciones oportunistas por parte de los acreedores públicos) y desvirtuando la base del trato justo y equitativo que constituye la pieza angular de la reestructuración preventiva. Se propone por ello suprimir el art. 624 bis del Proyecto de Ley.

2. Procedimiento especial para microempresas

El proyecto de Ley establece un nuevo procedimiento específico para microempresas, diseñado para reducir los costes y facilitar a las microempresas el acceso al procedimiento concursal porque suelen recurrir a él cuando su situación financiera se ha deteriorado tanto, y queda tan poco valor en la empresa, que cualquier solución reorganizativa resulta poco viable. El procedimiento está destinado a todas aquellas sociedades que reúnan las siguientes características, haber empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores y tener un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros. Salvo que los acreedores soliciten el nombramiento de un administrador concursal, será el propio deudor quien liquide la masa activa a través de una plataforma electrónica de acceso gratuito y universal, con el apoyo de representación letrada y de procurador.

La introducción de este procedimiento, con el ajuste en los requisitos para acceder al mismo, puede ser una buena medida alternativa para aliviar los Juzgados de lo mercantil, pero los requisitos para acceder a este tipo de procedimiento resultan demasiado amplios.

Es deseable una mayor participación de la administración concursal en la supervisión para permitir “descargar” a los Juzgados.

Se propone el desarrollo de una plataforma fácilmente accesible para los empresarios en el Punto de Acceso General de la Administración de Justicia, encaminada a la misma finalidad. Dicha plataforma debería ser suficientemente eficiente y eficaz para dotar a las empresas de medios



técnicos y tecnológicos que les permitan tramitar los procedimientos especiales para microempresas de forma segura y guiada.

Por último, según la actual redacción del art. 691 bis.3 del Proyecto de Ley, el incumplimiento por el deudor de la obligación de comunicación del plan de continuidad a la Tesorería General de la Seguridad Social y a la Agencia Estatal de Administración Tributaria en el plazo y en la forma determinados determina la exclusión de los créditos, de las quitas y esperas pactadas. No puede subsistir plan de continuación alguno si las quitas y esperas pactadas respecto de cualesquiera de los créditos sujetos al mismo no son aplicables porque todos los acreedores afectados han confiado legítima y recíprocamente en el sacrificio asumido por cada uno de ellos. La consecuencia de la falta de comunicación a los acreedores públicos no puede ser que los créditos de derecho público no queden sujetos al plan de continuidad, sino que se propone que sea la ineficacia sobrevenida del plan de continuidad.

3. Escenario de probabilidad de insolvencia

El proyecto de Ley prevé que la comunicación del precurso pueda hacerse no solo en estado de insolvencia actual o inminente, sino también en un nuevo escenario de “probabilidad de insolvencia”, concepto inaudito en el derecho preconcursal español. Este escenario se situará en una fase todavía más temprana que la insolvencia inminente y corresponderá a cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá hacer frente a las obligaciones que venzan en los próximos dos años.

Si bien parece una medida adecuada para posibilitar el uso de los nuevos mecanismos de reestructuración en las fases más incipientes de dificultad financiera, se trata de un concepto jurídico indeterminado que plantea múltiples incertidumbres sobre el momento en el que se puede iniciar un precurso y podría dar lugar a potenciales abusos.

Se propone concretar el concepto en función de los acuerdos que se vayan alcanzando sin perder la flexibilidad para adaptarse a los cambios que pudieran surgir.

4. Sistema de alertas tempranas

El nuevo texto propuesto por el legislador dista de incorporar un sistema de detección de insolvencias en fases tempranas. Es más, se ha eliminado incluso la referencia al establecimiento del sistema de alerta temprana con la información de la Agencia Tributaria y la Seguridad Social, y solo se mencionan las alertas en la Exposición de Motivos. El nuevo concepto de “*probabilidad de insolvencia*” complica el trabajo a los empresarios, que se ven en la necesidad de realizar previsiones que, en buen número de ocasiones, no se corresponderán con la realidad de sus negocios pasados dos años. Por ello, el sistema propuesto por el legislador requiere de una especial modificación y se pueden tomar como referencia los países del entorno como Francia,



Italia o Dinamarca. En este último, los sistemas de alertas tempranas fueron implantados hace aproximadamente 15 años, con muy buenos resultados. Si bien, conviene tener en cuenta la estructura del tejido empresarial español, conformado en su mayoría por pequeñas y medianas empresas. Para la elaboración de los sistemas de detección se debe atender a las particularidades de la tipología de empresa.

- a) Grandes empresas: se sugiere la intervención de auditores de cuentas que, en sus labores y a partir de los datos objetivos que recaban de la empresa, den señales tempranas en una comunicación reservada, no pública, al Consejo para que adopten las medidas necesarias que permitan soslayar el riesgo de insolvencia.
- b) Pequeñas y medianas empresas: en línea con el sistema danés, se propone la asistencia para las empresas con un coste para ellas no superior a 1.500 €, mediante la habilitación de recursos públicos y privados, que permitan detectar las situaciones de distress en las empresas. En Europa se implantó ya en 2016 el proyecto “Early Warning Europe”, que se desarrolló en distintos países. Entre otros, Finlandia ofreció asesoramiento gratuito, imparcial y confidencial a numerosas empresas que atravesaban dificultades económicas o financieras, ayudándolas a prevenir la insolvencia y dar continuidad a sus negocios o, en su caso, a afrontar el procedimiento de liquidación.

Se sugiere la implantación generalizada de este proyecto para todo tipo de empresas. En España ya existen antecedentes de implantación de estas medidas ideadas, también, por el gobierno danés. El proyecto “Early Warning”, implantado en la Comunidad de Madrid en 2017, que pasó a denominarse SOS empresa ofrece asesoramiento especializado, gratuito y confidencial a pymes y profesionales autónomos en dificultades para la prevención, recuperación y acceso a segunda oportunidad para relanzar la actividad de sus negocios. En la actualidad el proyecto está en revisión para darle mayor empuje y ampliar el número de entidades que dan apoyo en el asesoramiento. Desde su inicio han sido atendidas 983 empresas, de las que 674 se derivaron a asesoramiento especializado. En torno al 40% corresponde al año 2020.

Además, Dinamarca cuenta con un sistema de software cuya aplicación en la práctica ha tenido gran relevancia, basado en la identificación de señales *distress* en las cuentas anuales presentadas digitalmente por las empresas. Sistema que, si bien requeriría de una inversión inicial notable, permitiría alertar a las sociedades españolas de la existencia de evidencias sobre su posible insolvencia, y dotarlas de la oportunidad de adoptar medidas para solventarlas.

5. Experto en reestructuración

El proyecto de Ley introduce la figura del experto en la reestructuración, sin especificar quién puede ser nombrado, limitándose a exigir que este cargo deberá recaer en una persona, física o jurídica, que tenga los conocimientos especializados y la experiencia necesaria en materia de reestructuraciones, debiendo tenerse en cuenta las especialidades del sector en que opera el deudor o la composición del pasivo. En cuanto al proceso para su nombramiento, puede ser



solicitado por el deudor o por acreedores que representen más del 50% del pasivo afectado (art. 672.1). Adicionalmente, se establece un supuesto especial de nombramiento del experto, si no hubiera sido nombrado previamente, de forma que los acreedores que representen, al menos el 35% del pasivo afectado, podrán solicitar al juez el nombramiento de uno determinado (art. 673). En todo caso, los acreedores que representen más del 50% del pasivo pueden en cualquier momento sustituir el experto designado por el deudor o por la minoría de acreedores (art. 678).

Se valora positivamente que el proyecto de Ley se asiente sobre la existencia de un experto en la reestructuración y le otorgue relevancia a su papel. Se plantea que el reglamento para la concreción de esta figura no se demore para que su designación y ejercicio sean lo más ajustados a las necesidades del proceso.

6. Exoneración pasivo insatisfecho

El texto del proyecto de Ley configura un procedimiento de segunda oportunidad, según se desprende de la exposición de motivos, más eficaz, ampliando la relación de deudas exonerables e introduciendo la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor y con un plan de pagos.

Se traspone adecuadamente la Directiva, excepto por la injustificable (e injustificada) sobreprotección de los créditos de derecho público que implica desprotección o trato discriminatorio al crédito privado:

- I. Se niega el acceso al beneficio de exoneración al deudor que en los diez años anteriores hubiera sido sancionado por resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social con independencia del importe o, cuando en el mismo plazo, se hubiera dictado acuerdo firme de derivación de responsabilidad, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad. También se niega el acceso a la exoneración por infracciones graves con una sanción superior a 5.000 € salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad (art. 487.1.2.º). Esta última reserva, en la práctica, animará al deudor a “trasvasar” fondos que podrían haber ido a satisfacer deudas de más rango o privilegio antes de asomarse al concurso de acreedores, para mantener expedita la vía de la exoneración, trasvase que no sólo puede considerarse injustificado desde el punto de vista concursal español, sino también contrario a la Directiva que no niega el acceso al beneficio de la exoneración por razón de encontrarse el deudor en incumplimiento de una u otra deuda empresarial.
- II. Se establece que las deudas por créditos de derecho público podrán exonerarse hasta un importe máximo de 10.000 € (art. 489.1.5º importe máximo 10.000€ por deudor por créditos en AEAT e importe máximo 10.000€ por créditos en Seguridad Social, de los que los primeros 5.000 € son íntegramente exonerables, y el resto solo al 50% de la deuda hasta alcanzar el importe máximo) (con lo que el máximo exonerable es de apenas 9.500 € para los créditos fiscales y la misma cantidad para los créditos de la Seguridad Social) y sólo para



la primera exoneración (art. 486.3). Se entiende que esta decisión resulta arbitraria, ya que no existe justificación para la determinación de dicha cuantía.

Ante esta situación, se encarece la necesidad de corregir radicalmente la sobreprotección del crédito público del proyecto de Ley de forma que las deudas por créditos de derecho público sean exonerables del mismo modo que lo son la generalidad de los créditos, se propone:

- la supresión del 487.1.2.º;
- la supresión del apartado 3 del art. 488;
- la supresión del número 5.º del apartado 1 del art. 489;
- la supresión del apartado 3 del art. 489;

El blindaje al crédito público propuesto en el proyecto de Ley permitirá a cualquier acreedor afectado por la exoneración impugnarla con éxito, dando al traste con un mecanismo real de segunda oportunidad (en infracción de la Directiva). Y ello porque los acreedores pueden satisfactoriamente impugnar el plan de pagos aprobado por el juez cuando no se les garantiza el pago de la parte de sus créditos que habría de satisfacerse en la liquidación conforme a lo dispuesto en el art. 498 bis.1.1.º. Como en el derecho español el crédito público está sujeto, como los demás créditos, a la regla de la comunidad de pérdidas, se advierte fácilmente que la cuota de liquidación a la que tendría derecho cualquier acreedor afectado por la liquidación puede ser fácilmente mayor que su retorno en el plan de pagos. Si el crédito público que supere 10.000 € o cualquier crédito público, a partir de la segunda exoneración de deudor, no está afectado por la exoneración, los limitados recursos del deudor habrán de emplearse en el pago del crédito público inmune a la exoneración y, en consecuencia, no estarán disponibles para satisfacer el plan de pagos a favor de los demás acreedores de deuda exonerable.

Por último, la redacción propuesta por el proyecto de Ley para el art. 564 sanciona el libre acceso al Registro Público Concursal, salvo respecto a la Sección Segunda (relativa a las resoluciones judiciales en materia de limitación o de suspensión de las facultades de administración y de disposición sobre los bienes y derechos que integran la masa activa, las demás exigidas por esta ley y la sentencia de calificación del concurso como culpable) y Tercera (relativa a la exoneración del pasivo insatisfecho) para cuyo acceso se exige interés legítimo. Si bien se ha recogido que se presume interés legítimo en las autoridades y empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, no se entiende adecuado cualquier opacidad o secretismo respecto de estas resoluciones, de vital importancia para el intercambio económico. En el derecho en vigor, esta excepción se refiere a las resoluciones sobre exoneración del pasivo insatisfecho, pero tampoco mantener el derecho vigente es adecuado, porque la Directiva no restringe ni limita el conocimiento del mercado sobre la extensión de la segunda oportunidad, ni hurta a los agentes económicos la posibilidad de conocer su alcance respecto de un determinado actor.



7. Regulación de venta de unidades de producción (“pre-pack concursal”)

El texto de reforma establece de forma expresa la competencia del juez del concurso para declarar la existencia de sucesión de empresa y la determinación de los elementos del activo y pasivo que integran la unidad productiva. Esto dota de mayor seguridad jurídica a todos los intervinientes y evita la dispersión en diversos órdenes jurisdiccionales.

Se faculta al deudor para que, junto con la solicitud de concurso, pueda presentar una oferta escrita vinculante de adquisición de unidades productivas por un tercero o por un acreedor de manera que pueda mantenerse el valor empresarial en la mayor medida posible. En la línea de compatibilizar la rapidez en la tramitación con la obtención de un mayor precio, es muy oportuna la regulación expresa de que cualquier tercero pueda presentar una propuesta vinculante alternativa y la inclusión de un plazo de mejora. Ahora bien, se prevé complicado que en el plazo de 15 días cualquier interesado pueda presentar esa oferta vinculante alternativa, por lo que sería recomendable ampliar ese plazo.

En cuanto a la medida que permite proceder al nombramiento de un experto para recabar ofertas de adquisición de unidades productivas en la fase preconcursal (artículo 224 ter y siguientes), parece adecuada para incentivar estas operaciones en momentos previos al concurso y salvar tejido productivo, aunque el deudor termine siendo declarado en concurso.

Sin embargo, la introducción de un plazo mínimo de 3 años en el mantenimiento de esas unidades productivas y la previsión de que su incumplimiento pueda habilitar a cualquier perjudicado para reclamar del adquirente la indemnización por daños y perjuicios causados elimina por completo la posibilidad misma de habilitar un mercado eficiente en el que las unidades productivas de empresas en crisis puedan ser transmitidas en condiciones de transparencia y maximización de valor y, en consecuencia, se consiga aumentar el retorno de los acreedores al tiempo que se mantienen las empresas, los empleos, etc. La orientación debería ser, precisamente, la contraria que pasa por favorecer la creación de un mercado eficiente y transparente de unidades productivas de empresas en crisis, como propone el Informe del CGPJ. Esta limitación es contraria a la Directiva.

Debe suprimirse, en consecuencia, íntegramente el siguiente inciso del art 224 bis.1 (“En la propuesta el acreedor o el tercero deberá asumir la obligación de continuar o de reiniciar la actividad con la unidad o unidades productivas a las que se refiera por un mínimo de tres años. El incumplimiento de este compromiso dará lugar a que cualquier afectado pueda reclamar al adquirente la indemnización de los daños y perjuicios causados”), así como el apartado 2 del art. 224 septies.

Esas supresiones se hacen precisas incluso por una cuestión de mera coherencia interna del proyecto de Ley, pues esta exigencia es contradictoria con otras orientaciones del propio proyecto de Ley y del resto del ordenamiento español:

- I. Para obtener el beneficio de segunda oportunidad, no se exige la continuidad de la actividad empresarial del deudor (e incluso se contempla la posibilidad de que el deudor exonerado emprenda una nueva actividad). Es más, la Directiva permite a los legisladores nacionales que condicionen la concesión de la exoneración al cese de la



actividad empresarial o profesional del deudor (art. 20.1). Si un beneficio tan excepcional como la exoneración de deudas ni siquiera exige la continuidad de la actividad, ¿cómo justificar esta exigencia en un escenario de liquidación o pre-liquidación?.

- II. Tampoco se impone esta exigencia en caso de convenio de acreedores en que el deudor continúe al frente de la sociedad, pues sólo es imperativo la presentación de plan de pagos (arts. 331 y 332 TRLC). La obligación de que un inversor asuma un compromiso de continuidad de la empresa que no se exige al propio deudor cuando propone un convenio es incongruente. Se coloca al inversor, que es completamente ajeno a las causas del fracaso empresarial, en peor situación que al deudor, que habrá tenido mayor o menor participación, pero en todo caso participación, en ese fracaso.
- III. El art. 324.1 TRLC (convenio de asunción) permite que el deudor y el adquirente de la unidad productiva seleccionen, libremente y sin plazos mínimos pre-tasados, el periodo de continuidad de la actividad, sin imponer plazo alguno de continuidad.
- IV. Esas exigencias del proyecto de Ley vulneran el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 de la Constitución y art. 82 y ss. Estatuto de los Trabajadores), y tampoco son coherentes con lo recogido en el Estatuto vinculando el plazo de tres años a la responsabilidad solidaria de adquirente y transmitente, pero sin imponerse, en ningún caso, un plazo mínimo, sea de 3 años o cualquier otro, de mantenimiento de la actividad (art. 44.3 Estatuto de los Trabajadores).

8. Cultura concursal

En España, a diferencia de otros países del entorno, se carece de una cultura de concienciación y educación en el ámbito concursal que permita a los empresarios prevenir y afrontar sus situaciones de insolvencia.

El modelo alemán, reconocido como un referente para el resto de los países, prevé que los responsables del negocio tienen la obligación, desde que conocen su situación de insolvencia inminente, de tener en cuenta los intereses de la totalidad de sus acreedores en su actividad empresarial sin necesidad de encontrarse bajo el equivalente al procedimiento de insolvencia español. Contar con un modelo que permita dar a conocer tanto a deudores como acreedores la normativa concursal permitiría evitar la insolvencia de innumerables empresas o, al menos, mitigar sus efectos.

Desde el punto de vista de los acreedores, la normativa concursal les “exige” tener los conocimientos técnicos suficientes para comunicar un crédito, personarse en un procedimiento, adherirse a una propuesta de convenio (siendo conscientes de las consecuencias que de ello se derivan) o para solicitar una declaración de concurso necesario, cuando se encuentran ante proveedores que no atienden sus obligaciones. Sin embargo, la práctica nos permite concluir que, en la mayoría de las ocasiones, los empresarios no saben cómo proceder en tales situaciones y aunque para los profesionales del derecho pueden resultar sencillas, obligan a las pequeñas empresas a incurrir en grandes gastos para obtener un asesoramiento o guía.



Se propone la habilitación de recursos públicos, por ejemplo, mediante la creación de un apartado de guías y consultas en el Registro Público Concursal, asimilable al portal europeo de e-Justicia, de fácil acceso y al que se le dé la publicidad necesaria, a fin de que todo pequeño empresario pueda conocerlo y recurrir a éste para solventar las dudas más básicas que le pudieran surgir.

La atención al interés de los acreedores pasa por entender que dicho principio se basa en dar cumplimiento al deber de diligencia y, por tanto, al deber de estar al tanto de la situación financiera y patrimonial de la sociedad en todo momento; y, en consecuencia, cuando se aprecien las dificultades económicas, actuar diligentemente en la toma de las medidas que sean adecuadas para, si es posible, evitar la insolvencia (expresión del deber de diligencia). En numerosas ocasiones la insolvencia de empresas deriva de los impagos e incumplimiento de las obligaciones por parte de empresas con las que mantienen relaciones comerciales, generándose situaciones de “cascada de insolvencias” o “concurso por arrastre”.

Se sugiere potenciar el posicionamiento de las instituciones que en España desarrollan programas de cooperación en ámbitos como la responsabilidad empresarial para ayudar a crear una verdadera cultura concursal mediante formaciones y encuentros sobre los deberes fiduciarios de los empresarios.