

Dictamen 9 2021

SESIÓN ORDINARIA DEL PLENO
29 DE SEPTIEMBRE DE 2021

Sobre el Anteproyecto de Ley de Reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)



CONSEJO
ECONÓMICO
Y SOCIAL
ESPAÑA

**CONSEJO ECONÓMICO
Y SOCIAL ESPAÑA**

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
NICES: 809-2021

Colección Dictámenes

Número 9/2021

La reproducción de este dictamen
está permitida citando su procedencia.

Primera edición, octubre de 2021

Edita y distribuye

Consejo Económico y Social
Huertas, 73

28014 Madrid. España

T 91 429 00 18

F 91 429 42 57

publicaciones@ces.es

www.ces.es

ISSN 1134-5152

D.L. M-27954-2021

Imprime

Creative XML, S.L.U.

Sobre el Anteproyecto de Ley de Reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)

De conformidad con las competencias atribuidas al Consejo Económico y Social por la Ley 21/1991, de 17 de junio, previo análisis y tramitación por la Comisión de Trabajo de Economía y Fiscalidad, y de acuerdo con el procedimiento previsto en el Reglamento de organización y funcionamiento interno, el Pleno del Consejo Económico y Social aprueba en su sesión ordinaria del día 29 de septiembre de 2021 el siguiente dictamen:

1. Antecedentes

El 6 de agosto de 2021 tuvo entrada en el Consejo Económico y Social escrito en el que se solicitaba, al amparo de lo dispuesto en el artículo 7.1.1.a) de la Ley 21/1991, de 17

de junio, de Creación del Consejo Económico y Social, que el CES emitiera dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

Los departamentos proponentes de la iniciativa normativa son el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. El escrito de solicitud establecía la emisión del dictamen en plazo de urgencia. La solicitud fue trasladada a la Comisión de Trabajo de Economía y Fiscalidad del CES para la elaboración de una propuesta de dictamen.

El Anteproyecto venía acompañado de la preceptiva Memoria de análisis de impactos normativos (MAIN), estructurada en los habituales apartados (oportunidad, contenido y análisis jurídico, impactos, tramitación y evaluación), en la que cabe destacar una pormenorizada explicación de las novedades introducidas por la propuesta normativa. Respecto del análisis de impactos, sostiene que habrá un impacto económico positivo desde el momento en que la Directiva que se transpone contiene medidas cuyo efecto en la economía ge-

neral se estima será favorable, por varias razones que se argumentan; del impacto presupuestario afirma que no se derivará incremento de dotaciones ni de retribuciones u otros gastos de personal; y, por otra parte, prevé un impacto nulo por razón de género y una también nula afectación a las cargas administrativas.

El objeto del Anteproyecto de Ley remitido para dictamen es transponer la Directiva 2019/1023, de 20 de junio (en adelante, la Directiva), que inicialmente fijaba como fecha límite general para dar cumplimiento a su contenido el 17 de julio de 2021 (con algunas limitadas excepciones para las que fijaba unos plazos más amplios), y que posteriormente se prorrogó hasta el 17 de julio de 2022.

A su vez, el objeto de la Directiva se centra en garantizar a los deudores en situación de insolvencia inminente la disponibilidad en los Estados miembros de marcos de reestructuración preventiva, así como el acceso a herramientas de alerta temprana, de procedimientos para la exoneración de deudas, donde la Directiva aconseja mantener la regulación de la exoneración también para el caso de personas naturales cuyas deudas no provengan de actividades empresariales (consumidores), y de medidas para aumentar la eficiencia de estos procedimientos y de los procedimientos de insolvencia.

Una de las principales finalidades de la armonización comunitaria en estas materias conecta con la necesidad de preservar al máximo la continuidad de la actividad empresarial y profesional ante la concu-

rrencia de dificultades financieras, y proteger el empleo, por lo que tales marcos de reestructuración, entre los que ocupan un lugar central los planes de reestructuración preventiva, tienen por objeto impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad de los deudores.

Tras su reformulación hace casi dos décadas, el sistema concursal español debió hacer frente a una profunda crisis económica de raíz financiera que, junto con determinadas disfunciones y carencias que puso de manifiesto la experiencia de aplicación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, desde sus comienzos, obligaron a dicho sistema a sufrir un proceso de frecuentes e importantes reformas. La Ley Concursal, cuyo Anteproyecto fue objeto de dictamen del Consejo Económico y Social (Dictamen CES 4/2001), llevó a cabo la necesaria modernización del Derecho regulador de la insolvencia. Dicha Ley, que pretendía acabar con la dispersión normativa existente, racionalizó el sistema reduciendo los tres procedimientos existentes con anterioridad a un único de concurso de acreedores, mientras que, mediante la correspondiente legislación orgánica para la reforma concursal que la acompañaba, se crearon los juzgados de lo mercantil como órganos jurisdiccionales especializados en el concurso. Además de las numerosas novedades en el plano mercantil, la Ley estableció importantes medidas también respecto de las relaciones de trabajo y de los créditos laborales en las situaciones concursales. Pero, sobre todo, aportó un cambio de enfoque al poner el acento en la

continuidad de la actividad de las empresas en dificultades financieras, sentando las bases de la finalidad de conservación como principio inspirador del Derecho concursal.

La crisis iniciada en 2008 motivó un rápido y notable aumento del número de concursos, una sobrecarga de los juzgados de lo mercantil, con la consiguiente mayor dilación de los procedimientos de insolvencia y los perjuicios derivados para las partes del concurso, entre ellos un mayor riesgo de deterioro de los activos patrimoniales del concursado. Esta dinámica también agudizó el incumplimiento del fin de conservación de las actividades de los deudores concursados, y con ellas del empleo, ya que los procedimientos terminaban en su gran mayoría con la liquidación patrimonial de las empresas, el cese de las actividades y el despido de los trabajadores. Este panorama, además, alimentaba tendencias de evitación o huida del sistema concursal, acudiéndose a él en menor medida y más tarde que en la experiencia comparada. Todo ello llevó a constatar la necesidad de adecuar algunas de las previsiones de la Ley Concursal.

En ese contexto, una de las líneas de actuación fue poner el acento en los instrumentos preventivos o alternativos a la declaración de concurso ante situaciones de insolvencia inminente, y en consecuencia sucesivas reformas de la Ley 22/2003 dieron entrada o reforzaron determinados institutos pre-concursales. El Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria,

financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, pretendió dar respuesta desde la normativa concursal a la adversa coyuntura buscando facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras a fin de evitar una situación de insolvencia, además de agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación, aumentar la eficiencia de los resultados, y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas afectados por procedimientos colectivos.

Tras nuevas modificaciones de la Ley Concursal operadas ese mismo año por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en la línea de agilizar trámites y de reducir los costes del proceso, las anteriores normas fueron la antesala de un proceso de reformas de mayor calado impulsado con la constitución de una sección especial en la Comisión General de Codificación para abordar los cambios necesarios más allá de la coyuntura. Los trabajos de esta institución sirvieron de base para elaborar la posterior reforma acometida en 2011.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que fue asimismo objeto de dictamen del CES (Dictamen 1/2011), no fue sin embargo ajena a un empeoramiento del contexto económico, que puso de relieve el fracaso del sistema concursal para evitar que la mayoría de las empresas concursadas acabasen en liquidación. La reforma acometida hace ahora diez años

pretendía tener un alcance global, al afectar a muchos e importantes elementos del sistema, alumbrando así una actualización integral del Derecho concursal, partiendo de sus principios esenciales. Para ello, entre otras actuaciones, profundizaba en las llamadas alternativas al concurso y en los institutos pre-concursales, buscaba simplificar y agilizar el procedimiento concursal y pretendía favorecer el fin conservativo del concurso a través de medidas de diverso calado.

Posteriormente se fueron incorporando nuevas reformas, algunas con carácter urgente, y añadiendo nuevas piezas en el complejo sistema concursal, dentro de un contexto en el que, si bien tomaba cuerpo la recuperación de la actividad económica y del empleo, sin embargo seguían presentes los efectos negativos de la doble recesión pasada que se traducían en dificultades financieras para muchas empresas y personas.

Así, la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan Medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, flexibilizó el régimen de los acuerdos pre-concursales atendiendo, entre otras consideraciones, a la idea de que la continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa no solo para las propias empresas sino para la economía en general y para el mantenimiento del empleo. Por su parte, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de Medidas urgentes en materia concursal, modificó aspectos de la Ley Concursal relativos, entre otros, al convenio concursal y a los acuer-

dos extrajudiciales de pagos (introducidos dos años antes por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización), y a los acuerdos de refinanciación.

Asimismo relevante es la Ley 25/2015, de 28 de julio, de Mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, que volvió a modificar la Ley Concursal en dos materias importantes: regulando el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho por el deudor persona natural concursado de buena fe (mecanismo de segunda oportunidad para las personas físicas), y buscando mejorar los acuerdos extrajudiciales de pagos.

En el plano europeo comunitario, el buen funcionamiento del mercado interior evitando posibles distorsiones que pudieran derivarse de la existencia de diferentes legislaciones nacionales (búsqueda de foros de conveniencia) aconsejó contar con una normativa común para la administración de los procedimientos de insolvencia transfronterizos. El Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo de 2015, representa la norma actualmente vigente en este ámbito, resultando de aplicación obligatoria y directa en los Estados miembros a tales procedimientos abiertos a partir del 26 de junio de 2017. Aunque el Reglamento comunitario (que derogó y sustituyó al vigente con anterioridad a la Ley Concursal, el Reglamento CE núm. 1346/2000) regula los procedimientos de insolvencia de carácter transfronterizo, anticipaba elementos que están presentes de forma

novedosa en la Directiva comunitaria objeto de transposición del Anteproyecto de Ley, como entre otros la relevancia jurídica que se atribuye a la probabilidad de insolvencia.

Se llega así a la Directiva 1023/2019, de 20 de junio. Atendiendo al vigente texto refundido de la Ley Concursal (Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo), el mismo resume los fines de aquélla en establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas. La Directiva tiene como meta, así, contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento, resultantes de las diferencias entre las normativas y los procedimientos nacionales en estas materias, todo ello sin que afecte a los derechos fundamentales y libertades de los trabajadores (Considerando 1).

Cuando se llevó a cabo la mencionada tarea refundidora en 2020 se reconocía que el proceso de reforma del derecho de la insolvencia no había finalizado, pensando fundamentalmente en la obligación de transponer la Directiva de 2019. De ahí que con la aprobación del texto refundido se haya considerado que el mismo ofrecía “la base idónea para acometer de forma más

ordenada, clara y sistemática esa inexcusable transposición, tarea que, ya por sí

misma reviste extraordinaria dificultad”, como recoge el preámbulo de esta norma.

2. Contenido

El Anteproyecto de Ley sometido a dictamen consta de un artículo único con 181 apartados, por el que se modifica el texto refundido de la Ley Concursal aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, más once disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias y once disposiciones finales.

El Anteproyecto plantea un cambio en la estructura de la norma vigente para incluir un nuevo libro relativo al procedimiento especial para microempresas, de manera que el texto refundido quedaría estructurado en cuatro libros: el primero, del concurso de acreedores; el segundo, del derecho pre-concursal; el tercero, del procedimiento especial para microempresas; y el cuarto, de las normas de derecho internacional privado.

A continuación se señalan las principales novedades que incorpora el Anteproyecto.

Libro primero. Del concurso de acreedores

Dentro de las modificaciones de libro primero destacan las que tienen que ver con la exoneración del pasivo insatisfecho (capítulo II del título XI), que tienen por finalidad proporcionar una “segunda oportunidad” al deudor insolvente

de buena fe. En lugar de condicionar la exoneración a la satisfacción de un determinado tipo de deudas, como plantea la norma vigente, el Anteproyecto prevé que cualquier deudor de buena fe (sea empresario o no) pueda exonerar todas sus deudas, salvo las que de manera excepcional y por su especial naturaleza se consideran no exonerables. El nuevo sistema prevé para el deudor dos modalidades intercambiables de exoneración de deudas: la exoneración inmediata con previa liquidación de su patrimonio, y la exoneración con plan de pagos, que implica destinar sus ingresos futuros a la satisfacción de sus deudas durante un plazo, transcurrido el cual quedaría exonerada la parte que finalmente no se atiende y sin necesidad de realización previa de todos sus bienes y derechos. Se elimina, asimismo, el requisito que impone la norma vigente de no haber rechazado una oferta de empleo en los cuatro años anteriores a la declaración del concurso, así como la obligación de haber celebrado o intentado previamente un acuerdo extrajudicial de pagos. Además, para estimular la pronta reincorporación del deudor a la vida económica, la sentencia judicial de exoneración obliga a los acreedores afectados a informar de la misma a los sistemas de información

crediticia a los que previamente hubieran comunicado los impagos.

Otro conjunto de modificaciones de este libro tienen por finalidad agilizar la tramitación del concurso de acreedores y hacerla más eficiente. Así, para reducir el exceso de procesalismo y judicialismo del que adolece el sistema actual, se reducen trámites, se conectan los plazos de las distintas fases del proceso para que cuando finalice uno se abra otro automáticamente, se suprimen algunas decisiones judiciales y se atribuye la competencia para determinadas decisiones a los administradores concursales, para cuyo nombramiento el Anteproyecto establece mayores exigencias en cuanto a formación y adecuación a las particularidades de cada caso. Desde el punto de vista de la eficiencia, destacan el nuevo régimen de los concursos sin masa, que amplía el control de los acreedores sobre los posibles actos perjudiciales para la masa activa por parte del deudor y amplía los actos que se declaran rescindibles. Asimismo, se introducen nuevas normas para permitir la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas, con el fin de facilitar el mantenimiento de aquellas unidades productivas que sean objetivamente viables.

También cabe destacar la ampliación que hace de los créditos que tienen la consideración de créditos contra la masa, así como la eliminación de buena parte de las prioridades en el cobro de dichos créditos establecidos en la actual norma en los casos de insuficiencia de masa activa.

Libro segundo. Derecho pre-concursal

Aunque el Anteproyecto opta por mantener en gran medida el régimen pre-concursal vigente, que se basa en los principios de decisión mayoritaria de los acreedores e intervención judicial mínima, plantea una sustitución completa del libro segundo para introducir las modificaciones derivadas de la transposición de la Directiva que, en términos generales, persiguen la introducción de marcos de reestructuración temprana y aumentar la flexibilidad del procedimiento para adaptarse a las particularidades de cada caso. Así, el Anteproyecto opta por la reducción de los dos marcos de reestructuración hasta ahora existentes (acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago) a un solo instrumento, los “planes de reestructuración”, y amplía el presupuesto objetivo de este régimen para extender su alcance a los casos en que exista “probabilidad de insolvencia”, manteniéndolo para los casos de insolvencia inminente y actual.

En cuanto a los planes de reestructuración, se opta por una definición amplia de forma que pueden incluir medidas que afecten tanto al pasivo como al activo, así como prever la venta de una parte o la totalidad de la empresa, y se deja asimismo a los interesados total libertad para decidir qué parte del pasivo quieren afectar y en qué cuantía, con excepción de los créditos públicos, laborales, alimenticios y extracontractuales. Otra novedad importante es que la homologación del plan se puede producir: 1) en contra de la voluntad de los socios para evitar prácticas abusivas

de redistribución del valor en su beneficio y en perjuicio de los acreedores; 2) sin que haya sido aprobado por todas las clases de acreedores, ni por el deudor o los socios cuando la insolvencia es actual o inminente (planes no consensuales). Además, para facilitar la inmediatez, los actos de ejecución del plan podrán ser inscritos registralmente aunque no hayan adquirido firmeza.

La reforma incorpora asimismo una figura nueva, el experto en reestructuración, cuya participación, similar a la de un mediador, se exige en determinados supuestos para facilitar la negociación, ayudar a los deudores con poca experiencia y ayudar a resolver controversias.

Por último, el Anteproyecto introduce algunas especialidades para las empresas que no alcancen ciertos umbrales y no tengan la consideración de microempresa (empresas pequeñas y medianas), como excluir la posibilidad de imponer un plan de reestructuración sin la aprobación del deudor, admitir la homologación de planes que respeten una prioridad relativa, o permitir la elaboración de los planes en modelos oficiales que eximen de intervención notarial y certificación del auditor para su formalización.

Libro tercero. Procedimiento especial para microempresas

En este nuevo libro se introduce, como pieza necesaria de la transposición de la Directiva, un procedimiento concursal especial para las microempresas, (empresas con menos de diez trabajadores e

ingresos anuales inferiores a dos millones de euros), que tenga en cuenta sus características y especial vulnerabilidad, cosa que no sucede con la legislación vigente. El régimen especial diseñado es único y trata de combinar los aspectos del concurso (libro primero) y de los planes de reestructuración (libro segundo) que mejor se adapten a las microempresas, para lo que se regulan procedimientos abreviados, sencillos, rápidos y flexibles tanto para la continuación como para la liquidación de la empresa. La finalidad principal es reducir los costes procedimentales a través de una simplificación procesal estructural respecto al régimen general, centrada en eliminar los trámites que no sean necesarios, limitar la participación obligatoria de profesionales e instituciones al mínimo imprescindible y articular la comunicación en el seno del procedimiento a través de formularios oficiales accesibles en línea, sin coste.

En particular, la intervención del juez solo se producirá para adoptar las decisiones más relevantes o cuando exista una cuestión litigiosa que las partes eleven al juzgado; los incidentes se solucionarán, salvo excepciones, por un procedimiento escrito; cuando sea necesaria la participación oral de las partes o expertos se hará de forma virtual; el nombramiento de un experto en reestructuración o de un administrador concursal será opcional; los incidentes y recursos no tendrán efectos suspensivos; las decisiones judiciales no serán en general recurribles; las partes tendrán a su disposición un programa de cálculo

y simulación de pagos en línea sin coste para reducir los costes de asesoramiento; las comunicaciones al juzgado se harán por medio de formularios electrónicos, predefinidos, accesibles en línea, sin coste y con envío telemático; y los trámites podrán transcurrir en paralelo.

Una de las innovaciones más reseñables es la creación de una plataforma de liquidación donde se volcarán los activos de todos los procedimientos especiales de microempresas en liquidación, que podrán venderse directamente a los clientes que accedan o a través de subastas electrónicas periódicas. También podrá utilizarse para favorecer la transmisión de la empresa o de las unidades productivas. Con esta plataforma se busca agilizar la venta de activos, reducir el coste de la liquidación, aumentar la transparencia, descargar de trabajo al sistema judicial y permitir la terminación de los procedimientos especiales de liquidación en los plazos previstos.

3. Observaciones previas

A lo largo de la última década y media, el sistema concursal español se ha visto sometido a un cúmulo de reformas continuadas, muchas de ellas urgentes impulsadas dentro de un contexto de crisis financiera con profundos efectos en la actividad económica y el empleo. Dicho proceso de reformas culmina con la transposición de la Directiva 2019/1023, de 20 de junio, objeto

Libro cuarto. De las normas de Derecho internacional privado

Las modificaciones de este libro responden, por un lado, a la necesidad de adaptar el texto normativo al Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia, en relación con el control de oficio de la competencia judicial internacional de nuestros tribunales y la posibilidad de impugnarla, con la posibilidad de que el administrador concursal de un concurso extranjero pueda llegar a acuerdos con los acreedores locales que evite la apertura de procedimientos territoriales, y con la atribución al juez de lo mercantil de la competencia para aplicar las normas laborales españolas con independencia de que el procedimiento principal se haya abierto en un Estado miembro o en un tercer Estado.

Por otro lado, en este libro se introduce otro conjunto de modificaciones tendentes a extender la aplicación de las normas de Derecho internacional privado a los institutos pre-concursales.

del Anteproyecto de Ley dictaminado. Es innegable la oportunidad y la trascendencia de la Directiva, de la que se espera que permita afrontar los problemas derivados de la existencia de legislaciones nacionales dispares para un mejor funcionamiento del mercado único, como indudable es la importancia de su transposición para nuestro sistema concursal, ya que resulta urgente

en el momento actual solventar los problemas que continúa arrastrando el funcionamiento del mismo.

No obstante lo inaplazables que resultan las reformas necesarias en este ámbito, con carácter previo, el Consejo Económico y Social (CES) estima oportuno llamar la atención sobre el hecho de que el borrador de Anteproyecto no se haya remitido previamente a consulta e informe de las organizaciones de los interlocutores sociales a pesar de afectar a aspectos mercantiles y laborales que habrían aconsejado hacer uso del procedimiento que prevé la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, para dar cauce a la representación de los derechos e intereses legítimos afectados por la norma. El alcance de las modificaciones proyectadas en algunos de esos aspectos habrían hecho aconsejable, además, situarlos en el marco del diálogo social con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

Del mismo modo, la extensión y la complejidad del Anteproyecto de Ley, que se extiende a todos los pilares del sistema, desde la alerta temprana a un procedimiento de concurso más ágil y eficiente, pasando por las nuevas herramientas de reestructuración preventiva, y el nuevo procedimiento especial para las microempresas, entre otros, contrasta con la excesiva premura seguida en el trámite de información y audiencia, realizado en el plazo mínimo que prevé la citada Ley del Gobierno y dentro del mes de agosto. Hubiera sido aconsejable, a juicio de este Consejo, permitir un análisis más sosegado y en profundidad por parte de los actores concernidos acerca de

los efectos y consecuencias de los cambios proyectados. Máxime, tomando en consideración que el Anteproyecto de Ley contiene medidas de distinto orden que en unos casos resultan obligatorias para una correcta transposición, otras en las que la norma comunitaria permite distintas opciones al legislador nacional, y aun otras que no derivan de la Directiva.

En suma, el CES estima que hubiera sido posible y aconsejable conjugar la necesaria agilidad en la elaboración del Anteproyecto con una suficiente atención a los intereses en presencia, a partir de una gestión más adecuada de los tiempos en la tramitación de la iniciativa normativa considerando que según recoge la MAIN el trámite de consulta pública se remonta a diciembre de 2019. Más aún si se tiene en cuenta la ampliación del plazo para la transposición de la Directiva y el hecho de que algunos elementos importantes de la transposición se confían a un desarrollo reglamentario contando con ese plazo.

Asimismo, el CES reitera la necesidad de emitir su dictamen sobre un texto de Anteproyecto de Ley que sea definitivo, previo a la consulta al Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno y a su envío como proyecto de Ley a las Cortes, pues lo contrario, pronunciarse sobre un texto que continúe abierto y sujeto a cambios, limita el ejercicio de su función consultiva y de participación. La lectura de la tramitación seguida por la norma que se recoge en la MAIN lleva a considerar que el texto del Anteproyecto puede ser susceptible de recibir nuevas modificaciones,

no solo como consecuencia del trámite de información y audiencia públicas, sino también las que se pueden derivar de los informes preceptivos y de naturaleza técnica que se enumeran en aquélla. El CES se remite a las consideraciones hechas en recientes dictámenes acerca de la adecuación del procedimiento seguido en las solicitudes de dictamen, y expresa en estas observaciones únicamente de carácter general.

Se echa en falta, entre la documentación recibida, el anexo II en el que se recogían las respuestas del trámite de consulta pública previa, que se anuncia en la MAIN pero que no se ha incluido en el expediente remitido con la solicitud de dictamen.

Además de toda la información que contiene, habría sido necesario que la MAIN recogiese una valoración concreta del impacto económico de las medidas contenidas en el Anteproyecto de Ley. La Memoria, en efecto, se remite a determinadas fuentes que avalan los beneficios que se desprenden para la economía en general de contar con herramientas pre-concursales operativas, con unos procedimientos concursales verdaderamente eficientes, y con una buena regulación del derecho a la exoneración del pasivo con los mecanismos de segunda oportunidad. Y, en ese sentido, se limita a hacer una valoración

genérica acerca de una esperada repercusión favorable para la economía, pero sin acompañarla de una estimación cuantificada con datos económicos que la avalen.

En ese mismo orden de cosas, también habría sido aconsejable que la MAIN proporcionase una previsión del posible impacto en el sistema concursal, y especialmente en los juzgados especializados de lo mercantil, del posible crecimiento del número de concursos en el contexto de la actual crisis sanitaria y económica, hasta aquí relativamente limitados, entre otras medidas, por la aprobación de la moratoria concursal. O también de cómo puede impactar, en sentido contrario, la potenciación de planes de reestructuración preventiva, desde el momento en que ese ámbito se va a regir por un principio de autonomía de la voluntad y de intervención judicial mínima. Si bien la MAIN, basándose en informes y estudios recientes, apunta a un riesgo cierto de incremento de las insolvencias y a un previsible repunte de las solicitudes de concurso, no se prevén en consecuencia posibles medidas de refuerzo del sistema, y específicamente de los juzgados especializados. Antes bien, la Memoria se limita a afirmar un impacto presupuestario nulo en términos de nuevas dotaciones.

4. Observaciones generales

Alerta temprana

Una de las novedades más relevantes introducidas por la Directiva 2019/1023 son

los mecanismos de alerta temprana, imponiendo a los Estados miembros la obligación de implantar instrumentos de alerta

y prevención de la insolvencia que tengan virtualidad para efectuar un diagnóstico precoz de posibles situaciones de dificultades financieras, a fin de preservar el valor de la empresa, incentivando la adopción de medidas de reorganización o reestructuración cuando todavía sea posible evitar la situación de insolvencia.

Sin embargo, el Anteproyecto resuelve el mandato contenido en la Directiva en este aspecto a través de la disposición final octava limitándose, prácticamente, a hacer una previsión de su desarrollo normativo en el plazo de un año. Igualmente, se confía a un futuro desarrollo reglamentario el establecimiento de servicios de asesoramiento gratuito y confidencial a empresas en dificultades para posibilitar el asesoramiento a pymes en un estadio temprano de dificultades.

El CES valora especialmente la necesidad de dotar a las pymes de herramientas que reduzcan las probabilidades de incurrir en situación de insolvencia proporcionando una mejor información como la que podría suponer el sistema de alerta temprana. Por ello, este Consejo entiende que se podría haber aprovechado la ocasión para incluir ya en el Anteproyecto, es decir en una norma de rango legal, una previsión de las principales líneas regulatorias de esta figura, incluido el acceso de la representación de los trabajadores a dicho sistema, como recoge el Considerando 23 de la Directiva.

Por todo ello, en opinión del CES, ni el plazo temporal previsto para su desarrollo, ni la falta de delimitación legal pare-

cen comprensibles dada la urgencia y la necesidad de la finalidad perseguida por los instrumentos de alerta y prevención de la insolvencia.

Régimen pre-concursal

En el marco de reestructuración temprana que ordena la Directiva objeto de transposición se contempla la probabilidad de insolvencia como un estado previo a la insolvencia inminente, lo que facilita que un deudor en tales circunstancias pueda utilizar los mecanismos que integran el derecho pre-concursal. Sin embargo, con el fin de dar la mayor flexibilidad posible al sistema, la Ley española no excluye el recurso a los institutos pre-concursales cuando el deudor se halle en estado de insolvencia inminente o incluso de insolvencia actual.

La Directiva no establece como presupuestos del pre-concurso los mismos que para el concurso de acreedores, sino uno específico en aras de evitar los riesgos de destrucción de valor asociados al procedimiento concursal. En este contexto, el CES reconoce el valor del mecanismo contemplado a través de este régimen pre-concursal por cuanto persigue aumentar las posibilidades de supervivencia de las empresas ante un riesgo de insolvencia, al favorecer la reestructuración de la deuda en una fase temprana, reduciendo así la pérdida de valor empresarial y el consiguiente perjuicio para los acreedores y para el propio deudor. Asimismo, con esta finalidad, el CES considera conveniente el establecimiento de mecanismos de adquisición preferente que podrían facilitar la transmisibilidad a

favor de los trabajadores a través de fórmulas de economía social.

Sin embargo, en aras de lograr un sistema más equilibrado el CES considera la necesidad de apuntalar mejor la regulación prevista a fin de que el régimen contemplado no sirva para eximir de responsabilidades, ni dejar desprotegidos a deudores de buena fe. Igualmente, sería aconsejable incidir en la simplificación de procedimientos y trámites, especialmente los relativos a la comunicación del pre-concurso y el plan de reestructuración, sin que ello vaya en detrimento de las necesarias garantías de información para todas las partes afectadas, o pueda implicar una peor información o motivación, cualitativa y cuantitativa, para una adecuada protección de los acreedores, teniendo en cuenta que desaparece buena parte de la tutela judicial directa. Igualmente, a juicio del CES, en lo que se refiere a los planes de reestructuración, se debería garantizar el cumplimiento de las previsiones sobre información y consulta a la representación de los trabajadores, antes de presentarse a su aprobación, que establece la Directiva (artículo 13).

Asimismo, el Consejo entiende que ciertos aspectos de las medidas incorporadas en el Anteproyecto excederían del mandato contenido en la Directiva, no ajustándose así a los fines de la reforma e incluso pudiendo suponer un empeoramiento del régimen general. Tal es el caso de la presunción de rescindibilidad de acuerdos de planes de reestructuración por declaración de concurso en el año si-

guiente a la finalización de los efectos de una comunicación.

Eficiencia del sistema concursal

El CES comparte el objetivo de la reforma de aumentar la eficiencia del sistema concursal vigente, de manera que, por un lado, fomente la reestructuración del pasivo de las empresas con dificultades financieras pero viables a medio plazo, protegiendo con ello la continuidad de la empresa y del empleo, y, por otro lado, facilite la liquidación rápida y ordenada de las empresas inviables para evitar la depreciación de los activos y aumentar las tasas de recuperación del crédito por parte de los acreedores. En este sentido, el CES considera muy oportuno que el Anteproyecto introduzca mejoras en el derecho pre-concursal para incentivar las reestructuraciones de las empresas viables, que reformule el mecanismo de segunda oportunidad para permitir la exoneración parcial del pasivo insatisfecho a las personas físicas deudoras insolventes de buena fe, y que reduzca la duración y los costes procedimentales de los procesos concursales, particularmente para las microempresas.

Precisamente, como se refiere en la MAIN, el hecho de que los procedimientos concursales resulten excesivamente costosos y poco atractivos para los autónomos y las microempresas, que constituyen la mayor parte del tejido empresarial español, explica que el uso de los mismos en España sea muy limitado en comparación con los países de nuestro entorno, con una incidencia muy alta de la denominada

“economía sumergida concursal”, y que, cuando se recurre a ellos, terminen en la gran mayoría de los casos en liquidación, porque las empresas llegan en condiciones financieras de extrema vulnerabilidad.

Además, una reforma que aumente la eficiencia del sistema concursal resulta, si cabe, más oportuna y necesaria en el contexto económico actual de crisis provocada por la pandemia, porque se está produciendo un crecimiento exponencial de los problemas de insolvencia empresarial que, previsiblemente, desembocará en un repunte muy significativo de las solicitudes de concurso una vez que finalice la moratoria aprobada durante el último año, con la consiguiente presión sobre los Juzgados de lo Mercantil y el riesgo de que, si no se resuelven de forma rápida, barata y flexible, y favoreciendo los mecanismos pre-concursales, se produzca una espiral desordenada de cierres que arrastre a proveedores, clientes y acreedores, amenazando la continuidad de la cadena de pagos. Por todo ello, el CES valora positivamente las mejoras que introduce el Anteproyecto tendentes a aumentar la eficiencia del sistema concursal.

No obstante, a juicio de este Consejo, se debería garantizar que la mejora de la eficiencia no vaya en detrimento de la adecuada tutela de los derechos de las diferentes partes concernidas, como ocurre con alguna de las modificaciones propuestas sobre las preferencias en los créditos contra la masa o respecto a la desaparición de las especialidades en los procedimientos concursales que han sido precedidos de

procedimientos pre-concursales (concurso consecutivos).

En general, el CES considera que existen cuestiones de carácter técnico-jurídico que deberían ser consideradas con prudencia y, en su caso, modificadas o adaptadas en el texto que finalmente se apruebe, todo ello con el tiempo y el análisis que un reto de esta naturaleza requiere.

Tratamiento del crédito público

En los concursos españoles, y muy especialmente cuando se trata de pymes, el principal acreedor es la Administración pública, fundamentalmente la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social, pero también las comunidades autónomas y a las Administraciones locales, especialmente los grandes municipios y las diputaciones provinciales, de ahí que la cuestión del tratamiento del crédito público en el procedimiento concursal sea especialmente relevante.

El sistema vigente en España otorga un tratamiento privilegiado al crédito público que permite a los acreedores públicos, una vez solicitado el concurso, ejecutar créditos al margen del procedimiento concursal, a través de ejecuciones singulares, una práctica que en muchos casos frustra la posibilidad de evitar la liquidación de la empresa. Este comportamiento, además, en muchos casos imposibilita el cobro de la deuda concursal, lo que afecta directamente a otros acreedores, dañando seriamente su patrimonio y conduciendo a empresas y autónomos, en no pocos ca-

sos, a situaciones de insolvencia por impago de sus deudores concursados. Pues bien, el Anteproyecto no solo mantiene los privilegios procesales del crédito público vigentes, sino que ha optado por incrementarlos.

En este sentido, al CES le parece criticable la pasividad que los responsables de los principales acreedores públicos adoptan habitualmente en los procesos concursales, probablemente por la escasez de medios humanos, y entiende que sería necesaria una mayor implicación de los mismos en la búsqueda de soluciones para dar viabilidad a la empresa, con el objetivo central que inspira la presente reforma de propiciar el mantenimiento de la actividad y el empleo. Esta mayor implicación del crédito público viene amparada por la propia Directiva, que establece, en su artículo 6, que para facilitar los planes de reestructuración preventiva, los Estados miembros “velarán por que una suspensión de ejecuciones singulares pueda abarcar a todas las categorías de créditos, incluidos los créditos garantizados y los créditos preferentes”, excluyendo expresamente los créditos de los trabajadores.

En concreto, el CES opina que el crédito público debería verse más preocupado en los planes de reestructuración de deuda, incluidas fórmulas de aplazamiento y quita, sin perjuicio de las garantías y particularidades que fueran necesarias en función del origen del crédito público, diferenciando créditos que ya han visto retribuido el riesgo, y ligando estas soluciones a compromisos ciertos y garantías de mantenimiento del empleo y de la actividad.

Venta de empresas o unidades productivas

Las decisiones sobre la venta de la empresa o de alguna de sus unidades productivas independientes, con las necesarias garantías, representa una solución que en no pocos casos deviene la única posible para hacer frente a situaciones de insolvencia inminente o actual. Además, puede ser la principal forma de garantizar la continuidad del tejido productivo y el mantenimiento de los empleos.

Por la relevancia que reviste esta solución para los intereses de las partes afectadas, en opinión del CES sería necesario reforzar la seguridad jurídica, la certeza y la eficiencia de tales operaciones para los potenciales adquirentes, que eviten una potencial frustración de la transmisión y con ella la pérdida de la actividad empresarial, de los puestos de trabajo y el perjuicio de los acreedores. Sería conveniente, además, mejorar determinados aspectos en los procedimientos de transmisión de unidades productivas, reforzando la publicidad y la transparencia que garanticen una igualdad de información para todos los interesados. Todo ello respetando los mandatos de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

En ese marco de refuerzo de la certeza, la publicidad y la transparencia en la enajenación de unidades productivas, y teniendo

en cuenta las atribuciones que el Anteproyecto confiere al juez del concurso, sería también aconsejable a juicio de este Consejo atender a parámetros no solo cuantitativos en términos de mejor oferta económica, sino también cualitativos en términos de viabilidad y compromisos de empleo, a la hora de establecer los criterios de adjudicación de la empresa o de unidades productivas. Ello, en línea con el principio de conservación de la actividad empresarial y del empleo que inspira la Directiva y el ordenamiento interno concursal.

Aspectos laborales y de protección social en los procedimientos concursales

En los procedimientos de concurso de acreedores, con las modificaciones previstas en el Anteproyecto, y en los nuevos instrumentos de reestructuración preventiva, aparecen con frecuencia implicadas las relaciones de trabajo de las empresas, al tiempo que se desprende la necesidad de contar con instrumentos de protección social adecuados para los trabajadores.

Si bien el Anteproyecto de Ley no modifica la regulación de los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo y sobre los convenios colectivos (artículos 169 a 189 del texto refundido de la Ley Concursal), sí introduce modificaciones en otros elementos como el pago de los créditos laborales en los concursos con insuficiencia de masa activa. A juicio del CES, no concurre una justificación de los cambios proyectados sobre dichos créditos en relación a la finalidad conservativa de la actividad

y del empleo, por lo que se estima que deberían suprimirse tales modificaciones en el Anteproyecto de Ley.

Asimismo, el CES considera que deberían tenerse suficientemente en cuenta dentro del Anteproyecto de Ley los derechos de información y consulta de los representantes legales de los trabajadores que resulten obligados por la Directiva 2019/1023, en relación con distintas fases e hitos de los procedimientos de insolvencia, para una adecuada transposición de la misma. Ello, delimitando en cada caso cuándo se trata de derechos de información y cuándo se deben cumplir periodos de consulta.

También a juicio de este Consejo, sería aconsejable aprovechar la oportunidad que representa la reforma de los procedimientos concursales y del Derecho preconcursal contenida en el Anteproyecto de Ley para mejorar la regulación existente en materia de protección social y de intervención del Fondo de Garantía Salarial para los trabajadores afectados por situaciones de insolvencia empresarial, tanto en materia de protección por desempleo como de garantía de derechos de Seguridad Social para los trabajadores de más edad.

Procedimiento especial para microempresas

El CES comparte el objetivo del Anteproyecto de dotar a nuestro sistema concursal de un procedimiento especialmente adaptado a las necesidades de las microempresas en situación de crisis. El actual sistema concursal, complejo y que implica unos

costes económicos y una duración muy larga, es ineficaz para dar respuesta a las eventuales situaciones de insolvencia de microempresas, y, como reconoce la MAIN, las fórmulas legislativas vigentes para facilitar los concursos de este tipo de compañías han tenido escaso éxito. En este sentido, este Consejo valora positivamente que los medios técnicos sean la herramienta principal de este nuevo procedimiento especial, con lo que ello implica en términos de reducción del coste y del tiempo de duración del concurso.

No obstante, el CES considera que el aumento de la agilidad y la eficiencia procedimental no debe ir en perjuicio de los intereses de los acreedores, cuyos derechos deben quedar garantizados, para evitar efectos indeseables en el mercado en general y en el de las microempresas en particular, tanto desde un punto de vista vertical (solicitud de mayores garantías a

las microempresas para operar) como horizontal (efectos sobre la solvencia de otras microempresas acreedoras).

Por otro lado, el Anteproyecto deja en suspenso la entrada en vigor de la regulación sobre las actuaciones que requieran el uso de medios electrónicos hasta que los Registros, juzgados y tribunales dispongan de los medios técnicos necesarios, es decir, en fecha indeterminada. En este punto, el CES considera que, en aras a la certeza y a la seguridad jurídica tan necesarios en una materia tan sensible como es la concursal, y dado el carácter nuclear que tienen los formularios estructurados en este régimen, sería más oportuno posponer la entrada en vigor del procedimiento especial en su totalidad hasta tanto la Administración no se dote de los recursos necesarios para su implementación y pruebe su funcionamiento, lo cual debiera hacerse en todo caso en el menor tiempo posible.

5. Conclusiones

A la vista de la extensión y la complejidad de la reforma proyectada sobre el texto refundido de la Ley Concursal, en relación con las consideraciones previas que se han

expuesto, el CES remite las conclusiones del presente dictamen a las que se desprenden de las observaciones anteriormente formuladas.

Madrid, 29 de septiembre de 2021

Vº. Bº El Presidente
Antón Costas Comesaña

La Secretaria General
María Soledad Serrano Ponz

